
研究ノート

アゾー『勅法彙纂集成』第 7 巻第 32 章 「占有の取得および保持について」の 邦訳と解説 (2・完)

田 中 実 / 佐々木 健

- 1 はじめに
- 2 概要目次
- 3 首節から第 22 節まで (以上, 本誌 29 巻 2 号)
- 4 第 23 節から第 37 節まで
- 5 補遺: 原文—— Appendix: Text of the Azonis summa in codicem de
adquirenda et retinenda possessione

4 第 23 節から第 37 節まで

【第 23 節】

〔邦 訳〕

ところで、占有は、我々が最も古い方法で始めるなら、無主物を握むこと（握取）を通じて取得される。D.41.2.1pr., D.41.2.3.14, D.41.1.1 のように。そしてこれらの〔無主〕物において所有権が占有なしには取得されないということは特別なことである。しかし占有の喪失については異なっている。というのも、私の猛獣が私から窃取されたときはどうであろうか。私は所有権を保持するが占有は失う。D.41.2.15 のように。もっとも喪失についても同じであると述べる者たちもいるが。誰であれ私の名義で占有中にある人を通じて、同じく〔占有は〕取得される。D.41.2.18 のように。引渡についても同じである。D.41.2.3.21 のように。盗によって盗物の占有も同じく取得され、その盗物の占有は市民的とすることができ

る。というのも、ある人が正当に占有するのか不当に占有するのかは、結局のところ占有にとっては重要でないからである。D.41.2.3.5, D.41.2.15 のように。

〔解 説〕

占有の定義の説明の次にアゾーは占有の取得の問題に移る。無主物の所有権取得には占有の取得が必要であり両者は同時に生じるのに対して、喪失については、窃取されると、占有は失われるが所有権は失われないので両者の喪失は同時には生じないことが述べられる。ある人が占有中にあってもその者を介しての占有取得が可能であることについては、D.41.2.18 が援用されているが、これは自己名義の占有をやめ他人名義の占有を管理することを述べ、「占有のカウサの変更を許さない」とする有名なルールを述べるものである⁶⁸⁾。続いて、引渡について援用されている D.41.2.3.21 は、「占有の種類は、我々のものでない物の取得原因と同じほど多い。例えば、買主として、贈与されたものとして、遺贈されたものとして、嫁資として、相続人として、加害物委附として……」と述べているものである。最後に、盗人の占有も市民的占有であり、占有が正当か不当かは占有そのものにとって重要ではないことが確認されている。

【第 24 節】

〔邦 訳〕

同じく、占有は心素だけによって取得される。上で私が占有の定義で述べたように。同じく、未発生損害のケースまたはその他のケースにおける第二回裁定に基づいて占有が取得される。そこでは物は〔担保問答契約締結〕義務の代わりとして裁定付与される。というのも、ある者が物を保全するために、未発生損害のために、または女性が胎児のために占有付与されるとき、第一回裁定は占有を設定するわけではなく、むしろ物の保管と監視 (custodia et observatio) が認められるのであるから。D.41.2.3.23, D.41.2.11, D.39.2.15.16 のように。同じく占有は忍容を通じて取得される。例えば、私に売却した者またはその他の方法で譲渡することに合意した者がそうと知りながら忍容していて、私が（すでに）〔例えば役権終了後もそのまま〕占有中にあって、しかも私がすべてのことを所有者として管理していたときである。C.7.32.2, D.8.5.16 のように。私が占有の定義において上述したように、占

68) 吉原達也「何人も自己自ら占有の性質を変更することを得ず」前注 37 参照。

有は心素だけによっても同じく取得される。

〔解 説〕

次に、心素のみで占有が取得されることが再び確認された後に、隣地者が未発生損害担保問答契約を締結しない場合の第二回裁定による占有取得、さらに、忍容による占有取得が挙げられている。後者の例として挙げられている法文 C.7.32.2 では、財産管理人が私名義で私のために買った場合で、彼が引渡を受けていないときに、私が土地に入り、売主が知りながら、私が所有者としてその土地に入り管理を始めた場合は、私が占有していると述べられている。サヴィニーによれば、ここでの占有は、所持の意味での自然的占有ではなく、体素を伴う特示命令占有である⁶⁹⁾。

〔邦 訳〕

質物の引渡を通じて市民的占有と自然的占有が同じく取得される。なぜなら、質権設定者は全く占有していないからである。しかしとはいっても使用取得のためにおよび〔さらなる〕保証人設定を回避するために占有していると見られる。D.41.2.1.15, D. 41.2.36, D.2.8.15.2 のように。そこで、占有していない人〔質権設定者〕が使用取得するのである。別の箇所でも使用取得に関して上で私が注目したように。これに対し質権者は他人の名義で占有するが故に占有していないと言う者たちがいる。D.41.3.13, C.7.39.7.2 のように。しかし、法文は他人の名義で占有すると述べておらず、他人の物として、すなわち自己の物としてではなく、他人の物として自身のため占有すると述べていることは確かであり他人のために占有しているのではない。なぜなら封臣も用益権者も類似の人々も他人の物として占有するが自身のために占有してもいるからである〔彼らはその他人のために占有しているわけではないからである〕。D.41.2.12, D.8.6.21 のように。実際、Inst.2.9.4, D.41.2.1.8 で言われることを、私は、「〔用益権者は〕市民的に占有するのではない、または使用取得のためには占有していない」と理解する。さらに、質権設定者が占有していたとき、質権が設定された奴隷を通じては、用益権者がそうであるように占有が自己のために取得されることは、なぜなかったのであろうか。しかし〔質権が設定された奴隷を通じて質権者も質権設定者も占有取得ができないとする〕D.41.2.1.15, 〔用

69) Savigny, Besitz, supra not. 1, §.7, S.90–91.

益権の設定された奴隷を通じて用益権者は占有取得できるとする] D.41.2.49pr. では正しく〔質権設定の場合と用益権設定の場合とで〕反対に述べられている。これに対して〔用益権者と同じく〕質権者には上述の〔使用取得の〕根拠はない。なぜなら、占有するにもかかわらず、他人の物との認識を有するからである。30年経過後に、質権者を相手方として所有物返還請求訴訟権が行使されうるか否かが問われるのがよりよい。

[解 説]

次に、質権が設定された物についての占有が論じられる。質権は担保物の占有を移転する担保物権とされるが、質権設定者に使用取得されるという意味で変則的、派生的なものである。ここでアゾーは、市民的占有と自然的占有がともに質権者にあるとする。もっとも、質権設定者は、使用取得のために、そして（さらに）保証人を設定することの回避のために、占有しているとも見られる。その根拠として、例えば、「なぜならその奴隷が債務者（質権設定者）によって占有されると見られるのは、一つのカウサのため、つまり使用取得のためだけにであるから」と述べている D.41.2.1.15 などが援用されている。しかしアゾーは、すでに「買主としての使用取得」の章 (C.7.26) の解説で次のように述べて、占有していない者が使用取得を完成する他の例も挙げていた。

「しかし時として占有が継続しないのに、にもかかわらず使用取得が完成されることがある。例えば、ほら、被相続人によって開始された使用取得が、相続財産が休止相続財産であるときに完成されるようにである。D.41.3.31.5, D.41.3.44.3 のように。占有は相続財産にはないにもかかわらずである。D.47.4.1.15 のように。同じことは、使用取得し始める物を質物として質権者に引渡した質権設定者についても当てはめることができる。なぜなら彼ではなくむしろ質権者が占有しているのに彼が使用取得するからである。D.41.2.1.15 および D.41.2.36 のように。」⁷⁰⁾

70) «Quandoque tamen etiam si possessio non sit continua, nihilominus perficitur usucapio: ut ecce, usucapio inchoata a defuncto perficitur iacente haereditate. ut ff. de usucapio. l. nunquam. §. vacuum. (D.41.3.31.5) et l. iusto. §. nondum. (D.41.3.44.3) licet possessio non sit in haereditate. ut ff. si quis testa. liber esse iusser. l. i. §. Scaevola (D.47.4.1.15). Idem potest assignari in debitore, qui rem, quam coepit usucapere, pignori tradidit creditori: usucapit enim, licet non possideat, imo creditor. ut ff. de acq. possess. l. 1. §. per servum. (D.41.2.1.15) et l. qui pignoris (D.41.2.36).»

そして、質権者は他人名義での占有であるから占有していないという反対論に対しては、「他人のものとして、つまり自己の物ではなく他人の物として占有している」けれども「他人のために占有している」わけではなく「自己のために占有している」という線引きをする。そしてアゾーはこの立論を用益権者や封臣の占有にも適用しているのである。もっとも、このような線引きにあたり彼が援用する二つの法文 D.41.2.12 および D.8.6.21 について、前者は用益権者の占有が自然的なものであることが述べられているだけで、後者は、用益権者について、与格の「ために」ではなく、*suo nomine* 「自己名義で」と表現されている。

ところで、D.41.2.1.14 によれば、小ネルウアの異論はあったものの、逃亡中の奴隷を通じて主人は占有を取得する。また D.41.2.49pr. によれば、奴隷の用益権者は自身の物や奴隷の労務に基づきその奴隷を通じて占有を取得する。しかしこれらのことは質権者には生じない。この違いがあるものの、いずれの者にも使用取得が生じないのはあくまで他人の物との認識があるからである。そして質権者に対しては 30 年経過後でも *rei vindicatio* が行使できるとする。

用益権または質権の設定された奴隷を通じての占有取得について、ブラケンティヌスは、ある者が他人を通じて占有を取得する方法は、人の身分による場合、(後見人や保佐人を通じての) 公の助成による場合、そして(事務管理人や財産管理人を通じての) 私的な助成による場合の三つの態様があるとし、そのうちの人の身分による場合の説明で次のように整理している。「同じく、用益権の設定されている奴隷を通じて、物と労務に基づいて、用益権者が占有を取得する。用益権の設定された逃亡奴隷を通じても、第三者によって占有されておらず、自由人として振舞っているのではない限り、所有者が占有を取得するのである。D.41.2.50 のように。むしろ質権の設定されている奴隷を通じても、相続財産(中)の奴隷を通じても、占有は取得されない。」⁷¹⁾

さて質権の場合の、占有の変則的なまたは派生的な帰属に関する、近代ないし現代のローマ法の解説では、歴史的経緯に言及されるのが通例である。サヴィニーは

71) « Item per servum usufructuarium ex re et opera usufructuarius quaerit possessionem. Per usumfructuarium quoque fugitivum dominus quaerit possessionem, si nec possedeatur ab aliquo, nec se gerat pro libero, ut ff. eo. l. per eum (D.41.2.50). Sane nec per servum pignoratium acquiritur possessio, nec per haereditarium. » Placentinus, Summa, supra not.12, p.329. 質権者について、ブラケンティヌスの解説はブルンスも引用している。さらに、ハンス・ヴィーリング(五十君麻里子訳)「現代における占有保護の歴史的前提」『日本民法典と西欧法伝統』322-325 頁参照。

次のように説明する⁷²⁾。

「質権者の占有は以下のように説明しなければならない。ローマ人は、長い間、債務者の所有権によって債務の履行を担保する二つの方法だけを有していた。第一に、握取行為によって物の所有権を質権者に直ちに最初から移転するのを常としていたが、しかし質権者は、握取行為自体で、その物を再び買戻してもらうことを約束したのである（再握取行為・握取行為による買戻の合意。信託）。しかしこの形式は面倒なものであるだけでなく一定の種類（手中物）に限定されていた。そのため、第二に、引渡（交付）によって将来その返還を請求する債務者の権利（*actio pignoratitia*）以外の権利が成立することなく、物を質権者に単に引渡（交付）を行うことが通例となった。このケースではなんらの所有者の意思 *animus domini* も、つまり本来的な占有も認められえないことは、すでに上で考えられた。従って、占有があるとするならばそれは派生的占有でなければならず、これがここでのテーマである。だから、質権者はこの引渡によってさしあたり単に自然の担保を受け取るのであったが、それは彼が将来支払いにあてる物の保管を彼に与えるのである。」

ヴォルテッラも次のように述べてこの説明をほぼ踏襲していると思われる⁷³⁾。

「占有意思の要素が全く欠けており、なおかつローマ法のテキストが繰り返し占有であるとしているような関係がある。質権者、差押管財人および容假占有者の所持がそうであり、後には永借権者と地上権者の所持もそれに加えられた。……なぜローマ人が質権者の側の物の所持を占有と呼び続けたかは次のように説明される。支配説によれば、質権は、事実、信託から派生したのである。信託とは、債務者が債権者に目的物の所有権を移転し、債権が満足を受ければ返還する義務を債権者に課した担保形態である。信託債権者の側での物の事実上の処分可能性がこうした占有の要件を満たしているかは明白である。信託の関係からのこの名称が、質権者の側での物の所持を表現するのに拡張されたのである。それは法的には一つの変則的なものである。」⁷⁴⁾

72) Savigny, *Besitz*, supra not. 1, §. 24, S. 294–295.

73) Volterra, *Istituzioni*, supra not. 1, p. 392.

74) 質権者と占有の関係について、はたしてこのような伝統的な理解が正しいのか、キケロの一節からの次の問題提起は重要である。木庭頭「*In Verrem*」と「*de re publica*」(五)』『国家学会雑誌』第103巻第7・8号97–100頁を見よ。

【第 25 節】

〔邦 訳〕

占有が（家父に）由来する特有財産に基づくときは、家子を通じて彼を権力中に有する家父のために取得される。たとえ父がその息子が自らの権力中にいることを知らないとしてもである。さらに、息子があたかも奴隷であるかのように他人によって占有されているときも同じことが是認されるべきであろう。D.41.2.4 のように。私が自分の息子であり自分の権力中にあると考えているが、（自権者）養子縁組が法に則った形で（*de iure*）なされなかったので、もっともではあるが錯誤に導かれてのときは、その者については異なっている。D.41.3.44pr. のように。というのも善意で私に奴隷として仕えている自由人を通じて私のために占有が取得されるにもかかわらず、誤想息子についてはそうではないからである。なぜならここでは奴隷の売買は絶え間ない日常のことであるために、そのように構成されることは公の利便（*utilitas*）であったからである。なぜなら、我々はしばしば知らずに自由人を奴隷として購入するからである。これに対して、息子の（他権者）養子縁組はそれほどには容易でも頻繁でもない⁷⁵⁾。

〔解 説〕

ある人に善意で奴隷として仕えている自由人を通じて、自分が主人と考えている者は、占有を取得する。これに対して、自分がある者の父であると考えていた人は、自権者養子縁組の瑕疵ゆえに、実際には自分の息子でないそのある者を通じて、占有を取得することはない。この違いの理由を、アゾーは、奴隷購入が頻繁であるのに対して、他権者養子縁組はそれほどには容易でも頻繁でもないということに求めている。これに対して、サヴィニーは、他人の家息に対する善意の自称父が、この者を通じて占有を取得できないことの理由を、養子縁組が頻繁なことではないといった事実ではなく、他人の奴隷を占有するように、自由人たる家息を占有するということがそもそも観念できないからと、法的な構成の面から説明して

75) アゾーは先に自権者養子縁組と述べ、ここでは他権者養子縁組と述べている。援用の D.41.3.44pr. では最初に瑕疵のある自権者養子縁組を述べ、末尾では頻繁でないものとして、*filiorum adoptio vel adrogatio* つまり自権者と他権者の両方の養子縁組の場合を挙げており、この問題でアゾーはとりたてて両者を区別しているわけではないと思われる。

いる76)。

サヴィニーは、他人を通じての占有の取得には、占有することになる本人の意思が必要であることを述べているが、後に、特有財産を通じての占有の取得の場合、本人のいかなる意思も不要で、本人が擱取の事実を知らなくとも占有を取得し、使用取得さえも始まると考えている。

【第 26 節】

〔邦 訳〕

私自身の所有奴隷が他の何人によっても占有されていないとき、同じく、その奴隷を通じて私のために占有が取得される。そうでないときは逆である。D.41.2.1.6 のように。そして占有が取得されるのが、特有財産の原因によるのか、他のことからなのかで私は区別せず、正当な原因に基づいているか否かで区別する。D.41.2.24 のように。しかし、使用取得は、特有財産の場合を除いて、主人が知らない間には進行しない。D.46.3.2 のように。ところが、特有財産に属する物に基づく場合を除いて、奴隷を通じて知らない主人のために占有が取得されることはない、と言う者たちがいる。D.41.2.44.1 および D.41.2.3.11 および D.41.2.1.5 の類推によって。しかし、これらの法文は、我々が述べたように、使用取得の法律関係に限定されるべきである。

〔解 説〕

アゾーは、D.41.2.24 を挙げて、奴隷を通じての主人の占有取得が、特有財産が原因の場合に限定されているのではなく、奴隷の取得原因が正当かどうかで区別する。実際、法文は、「あなたの権力中にある者が、知らないあなたのために取得できるのは、有体的な占有ではなく、特有財産からその者に到達したものを占有するように、正当な占有であるからである」としつつ、「正当な原因に基づいて有体的に奴隷によって保持されている物は、奴隷の特有財産中にあり、なるほど奴隷は市民的には占有できないが、自然的に保持する特有財産を、主人が占有すると考えられる」のに対し「違法行為から擱まれる物は、特有財産の原因も擱んでいるわけではないので、主人の占有に達しない」と区別している。もともと、特有財産に基づく場合を除いては、知らない主人が使用取得することはないとするので、特有財産

76) Savigny, Besitz, supra not. 1, §.26, S.310.

に関係せずに奴隷が取得した占有は、使用取得されない占有、つまり特示命令占有となると考えることができよう。特有財産を通じて奴隷が（自然的）占有を取得することによって、主人が知らなくとも、主人のために使用取得が開始することをサヴィニーも述べていたことは、前節のとおりである。

〔邦 訳〕

同じく、占有は逃亡奴隷を通じて取得される。但し逃亡奴隷が長期にわたり善意で自由の占有中にある場合で、自由身分訴訟を受ける用意があったときはこの限りではない。D.40.2.50のように。そして長期にわたりとは10年間と見なされる。D.40.9.16.3のように。これに対し、有体的に質に入れられた奴隷を通じては、〔質権設定者としての〕我々は占有を取得せず質権者も占有を取得しない。D.41.2.1.14とD.41.1.37のように。なぜなら、すでに我々が述べたように、我々はその奴隷をいかなる様態でも占有していないからである。

〔解 説〕

逃亡奴隷を通じても占有は取得されるが、その奴隷が長期間にわたり善意で自由の占有中にあり、自由身分訴訟に応訴する気があるときには、彼を通じて占有が取得されはしない。長期間を10年と理解することについて、アゾーは、国庫に対し支払不能となった債務者が債権者許害行為たる奴隷の解放を行った場合、10年間は奴隷身分に戻されるというD.40.9.16.3を援用している。

質権が設定された奴隷を通じても、質権設定者は占有を取得しない。アゾーによればいかなる態様でもその奴隷をもはや占有していないからである。だからといって質権者もその奴隷を通じて占有を取得するわけではない。これはD.41.1.37pr.が明言している。これについて、サヴィニーは、質権設定者は使用取得に関してのみの占有者であるという説明をしており、この説明によれば、占有から生じるその他の効果が質権設定者には生じないことになる。もっともアゾーも占有をしていない質権設定者が使用取得することは認めていたので、アゾーにとっての質物の占有の変則性は、占有者でない者の使用取得を認めることに求められることになるう。

【第 27 節】

〔邦 訳〕

相続財産の奴隷〔ここでは hereditarius という形容詞の理解がポイントとなる。これを後の遺贈、贈与、売却と同じく相続という権原を表すものと理解し、すでに承継された「相続財産を構成する」を意味するのか、アゾーのように、「承継以前の休止相続財産の」と理解するのかである。ここでは「相続財産の」と訳しておく〕を通じて、相続人のために相続財産を構成する個々の物の占有は取得されえない。複数の奴隷が遺贈され贈与されまたは買われたときは一人の奴隷を通じて残りの奴隷の占有が取得されるとしてもである。しかし違いの理由が何であるかが問われる。ヨハンネス・バッシアヌスはこの場合の理由は、urgens disputatio（執拗な議論）であると記していた⁷⁷⁾。相続財産を構成する物が同等の者を通じて自身のために取得されることは却けられるが故にであると言う者たちもいる。なぜならロバも自分にとって同等の者によって自分が掴まれるのを認めるとき耳を立てて怒るであろうから。従って理由は同等の者たちの憤りである。しかしこれに従うなら遺贈された物は遺贈された者を通じて取得されてはならないことになってしまう。

〔解 説〕

アゾーは、奴隷や権力服従者を通じて占有が取得可能かどうかという問題の一環として、この節で、以下のような難解なパウルス法文 D.41.2.1.16 を論じている。

「古法学者たちは、我々が、相続財産の奴隷 *servum hereditarium* を通じて、同じ相続財産に属しているもの *quod sit eiusdem hereditatis* を取得することはできないと考えていた。それ故にこのルールがさらに広く適用されるべきかどうか、例えば複数の奴隷が遺贈されたとき、一人の奴隷によってほかの奴隷が占有されるかどうかが問題とされる。複数の奴隷が同時に買われたまたは贈与されたときにも同じ議論がある。しかしこれら〔遺贈、売買、贈与〕のケースでは、一人の奴隷によって残りの奴隷の占有を私が取得することができるというのがより正しい。」

つまり「相続財産を構成する奴隷を通じて、同じ相続財産に属するものを取得で

77) バッシアヌスの *urgens disputatio* については、その意味するところを理解すべく、学説彙纂に対する彼の註釈写本 (Bamberg, Msc. Jur. 18) などを見たが、確認できなかった。

きない」のに対して、「複数の奴隷が遺贈、贈与または売却されたとき、そのうちの一人の奴隷を通じて他の奴隷の占有を取得できる」ことの違いの根拠はどこかが論じられてきた。バッシアヌスは *urgens disputatio*（執拗な議論）に根拠を求め、他の学者は、同等者の憤りだとしていたが、アゾーはこれら従来の説明に反対する。事実、プラケンティヌスは「同じく、用益権の設定されている奴隷を通じて、物と労務に基づいて、用益権者が占有を取得する。用益権の設定された逃亡奴隷を通じて、第三者によって占有されておらず、自由人として振舞っているのではない限り、所有者が占有を取得するのである。D.41.2.50のように。むろん質権の設定されている奴隷を通じて、相続財産(中)の奴隷を通じて、占有は取得されない。なぜなら相続の権利について同等の者と争っているとき、自己に対する占有が自らと同等の奴隷を通じて取得されることに憤るからである」と述べている⁷⁸⁾。しかしアゾーは、その憤りは後者つまり遺贈、売買、贈与のケースにも当てはまるであろうとして、説明を続ける。

〔邦訳〕

そこで、これらすべてにおいて別のことが言われるべきであると見られる。法文は相続財産の奴隷を通じて単に占有が取得されないと述べているのではなく、何も取得されないと述べていたことに、むしろ用心深くまずは注目せよ。この〔「何も」という〕文言から三つのもの、即ち所有権も、相続財産自体も、占有も取得されえないことが注目されることが法文の意図するところであった。もう一つ、相続財産自体に属する奴隷が、相続財産の奴隷であると言われていることも注目されるべきである。従ってこの「相続財産の」という形容詞は、何らかの権原というよりむしろ女性形主人つまり相続財産を意味する。これに対して、遺贈された奴隷、贈与された奴隷、買われた奴隷と言われるときには、男性形主人や女性形主人ではなく、〔…されたという完了分詞で〕ある種の権原が意味される。従って、本題に戻れば、指定された相続人が承継しないならば、相続財産の奴隷を通じては、指定された相

78) « Item per servum usufructuarium ex re et opera *fructuarius* quaerit possessionem. Per usumfructuarium quoque fugitivum *dominus* quaerit possessionem, si nec possedeatur ab aliquo, nec se gerat pro libero, ut ff. eo. l. per eum (D.41.2.50). Sane nec per servum pignoratium adquiritur possessio, nec per haereditarium. Indignantur enim iura haereditaria cum de pari contendunt per servum sibi comparem sui possessionem adquiri. » Placentinus, Summa, supra not.12, p.329. 前注 71 も参照。

続人のためには何も、即ち相続財産の個々の物の所有権も、占有も、相続財産自体も取得されえない。なぜなら他人の物を通じては何も私のために取得されえないからである。D.29.2.80.3, D.29.2.43, D.41.1.18 のように。しかし、奴隷自身が相続人に指定され、私が命じて承継するときには、私のために奴隷を通じて相続財産が取得される。では指定された相続人のために、相続財産の奴隷を通じて何も取得されえないのはなぜであろうか。指定された相続人は確かにその奴隷の主人ではないからである、というのが明確な理由である。また、たとえ私の物とされたとしても、にもかかわらず遺贈された奴隷と言われる。これに対して、すでに承継を通じて相続人のものとされた奴隷は、相続財産の奴隷とは言われえず、自身の奴隷と言われる。なぜなら、これ〔奴隷という単語〕に付加されている「相続財産の」〔という形容詞〕は、女性形主人即ち相続財産自体を意味しており、その相続財産が相続人によって承継されると、この相続財産は女性形の主人を持たないからである。

〔解 説〕

アゾーは、前者のケースで「占有が取得されえない」ではなく「何も取得されえない」と書かれていることに注目し、さらに「遺贈、贈与、売却された」のように完了分詞で権原が表現されているのとは異なり、「相続財産の」という形容詞で、「相続財産」の所有関係が表現されていると解釈し、「相続財産の奴隷」とは、奴隷が相続財産のものである状態、つまり被相続人死亡後であって相続承継が生じていない休止相続財産の段階を述べていると考える。この段階では相続人は奴隷の主人ではないので奴隷を通じて占有も所有権も取得できないとするのである。このように hereditarius を「相続財産を構成する」という意味ではなく休止相続財産を指すものであると理解するのである。もっとも休止相続財産自身が、自己に帰属する奴隷を通じて所有権や占有を取得し、その所有権や占有を相続人が承継するということが考えられるのではないか、あるいは事実たる占有は不可能ではあっても、所有権については、その承継がなされうることが理論的には占有よりは容易に考えられるのではないかといった疑問は残る。

また、同じパウルス法文である D.41.2.1.5 の末尾には「従って、特有財産に基づいて、幼児も精神錯乱者も占有を取得し使用取得するのであり、相続財産の奴隷が買うときは相続人もそうである」とあり、「相続財産の奴隷」をアゾーのように休止相続財産の奴隷と解すると、休止相続財産中の奴隷が買うときは、相続人も占有を取得し使用取得することになる。さらに、「相続財産の奴隷」が相続人の承継

前に殺害された事件を論じるウルピアヌス法文 D.9.2.13.2 の表現も、同じ理解をすることができる。

いずれにせよ、この法文 D.41.2.1.16 の説明は後の時代に論争が続くことになる。アゾーの理解が註釈注解学派を通じて踏襲されていることは、例えばヤソンが同法文の前の項との関係から次のように明解に説明している。

「読み方（解釈 *lectura*）をはっきりさせるためには、この法学者〔パウルス〕が、この法文で、奴隷を通じて我々のために占有が取得されるかどうか、いつ取得されるかを論じる意図があり、D.41.2.1.5 から今〔この項〕まで主として六つのことについて論じてきたことを予め述べておくように。最初に本来我々のものである奴隷について。第二に誤想奴隷について。第三に共有奴隷について。第四に用益権の設定された奴隷について。第五に逃亡奴隷について。第六に質権の設定された奴隷について。さて第七にそして最後に相続財産の奴隷について論じている。相続が承継される前に同じ相続財産にある何らかの物の占有を、指定された相続人のために取得できるかどうかである。私が「相続財産が承継される前に」と述べたのは指定相続人によってすでに相続財産が承継されていたなら、ここで標準註釈も述べているように、もはや相続財産の奴隷とは言われず、相続人であった者自身の奴隷と言われるのであり、所有者のために占有が取得される自身の奴隷については D.41.2.1.5 で述べられている。そこに法文がある。それ故にここで提示されているとすれば余計である。パウルス・デ・カストロはこの法文は相続財産が承継され、その奴隷の所有権と占有が取得された後のことを述べていると理解しているものの。」⁷⁹⁾

79) «Ad evidentiam literae praemitte, quod iurisconsultus intendens in ista lege plene tractare an et quando per servos acquiratur nobis possessio, a. §. item acquirimus, usque nunc de sex principaliter tractavit. Primo de servis proprie nostris. Secundo de servis putativis. Tertio de servis communibus. Quarto de servis usufructuariis. Quinto de servis fugitivis. Sexto de servis pignoris. Nunc semptimo et ultimo tractat de servis haereditariis, nunquid ante aditam haereditatem, possint acquirere possessionem alius rei, quae sit in eadem haereditatem haeredi instituto, ideo dixi ante aditam haereditatem quia si iam fuisset adita haereditas per haeredem scriptum, non dicuntur amplius servi haereditarii, ut etiam dicit gl. mag. hic, sed servi propriis ipsius qui fuit haeres. et de servis propriis, quibus acquiratur possessio domino dictum fuit in §. item acquirimus ubi est tex. unde supervacuo hic poneretur. licet Pau. de Ca. intelligat istum text. loqui post aditam haereditatem et acquisitum dominium et possessionem ipsius servi.» Jason Maynus, *Commentaria in primam digesti novi partem*, Augustae Taurinorum, 1573, fol.

これに対して人文主義法学者の大物キュジャースは、この法文に対する注解で、「相続財産の奴隸」を休止相続財産の奴隸であるとするアゾーの理解を受け入れず、一般的に相続財産にある奴隸どうしの問題であると理解するが、その立論は、互いが互いの原因にならないという形式論理的な根拠に基づくものであり、この論理が適用されるのは包括承継の場合であるとして、遺贈、贈与、売却と区別する。

「ここでは以下の古法のルールが提示されている。つまり「相続財産の奴隸を通じて、または相続(財産)自体つまり相続の権利を通じて、何かを、つまり同じ相続財産に属する何らかの物を相続人は決して取得できない」と。このルールは、D.41.1.18, D.29.2.43 で明かである。そしてこのルールは、相続財産の個々の物の所有権の取得にも、占有の取得についても正しい。確かに、相続財産の奴隸を通じて、相続財産の物の所有権も占有も、相続人のために取得されえないのである。このことをD.41.1.18 とD.41.2.38.2 は示している。加えて、注意しなければならないのは、D.41.2.38.2 およびD.41.2.1.17 が示しているように、このルールは、すでに相続の権利に基づいて相続人に属している相続財産である奴隸について受け入れられなければならないのであり、休止相続財産であり未だ相続の承継がなされていない奴隸についてではない〔アゾー以来の理解に反対〕。では、このルールの根拠目的が何かを見よう。次の根拠があると見られる。相続(財産)を通じてつまり相続の権利によって相続財産の奴隸が取得されるわけだから、反対に相続財産の奴隸を通じて相続財産〔の全部〕または相続財産の一部つまり同じ相続財産に属しているものが取得されることを自然は生じさせないのである。なぜなら同じ意味では互いが互いの原因でありえないからである。アリス

57ra. ad D.41.2.1.16. ちなみにデ・カストロは、包括権原と特定権原を区別して、承継後も相続財産を構成する奴隸を通じて同じく相続財産に属する奴隸の占有は取得されないとの解釈であった。「私が包括権原を有している奴隸を通じては、相続の承継がなされその所有権と占有が取得された後でさえも、私は相続財産の他の物の占有を取得することはできない。しかし私が特定権原を有している奴隸を通じては、その所有権と占有が取得された後には、私が同じまたは類似の権原を有している他の物の占有を取得できる。」*« Per servum in quo habeo titulum universalem haereditarium etiam post aditam haereditatem, et acquisitum dominium et possessionem ipsius, non possum possessionem aliarum rerum haereditarium acquirere. sed per illum in quo habeo titulum singularem, post quaesitum dominium et possessionem ipsius, bene possum quaerere possessionem aliarum rerum, in quibus habeo eundem vel similem titulum. »* Paulus Castrensis, *Praelectiones pataviae in primam digesti novi partem*, Lugduni, 1553, fol. 51vb. ad D.41.2.1.16.

トテレス『自然学』第2巻第3章のように⁸⁰⁾。それ故に〔パウルスは次のように〕考えている。つまり「このルールはその果て、境界を越えて適用されるべきではなく、つまり、受遺者、買主に、そしてD.41.2.48が特に述べているように⁸¹⁾、受贈者に達し、その後、受遺者、買主、受贈者が〔ほかの奴隷を〕占有するようにと送るその奴隷によって、他の者〔奴隷〕は占有されえ、他の者〔奴隷〕の占有が取得されうる。しかし同様に相続人に達する一人の相続財産の奴隷を通じてである。さもなくば比較は何の価値もない。相続人は、ほかの奴隷や他の相続財産の占有を取得できない。上で述べた理由故にである。〔互いが互いの原因になってはならないという〕その理由は、遺贈された、買われたまたは贈与された奴隷については存在しない。ここでは相続という権原のように包括名義ではなく、特定名義であるので」と。しかし、相続以外の他の権利で相続人に到達する別の奴隷を通じて、相続の物の占有を相続人が取得することが禁じられているのではなく、禁じられているのは、相続財産の奴隷を通じてのみであることを知るべきである。〕⁸²⁾

80) アリストテレス『自然学』第2巻第3章では、「原因」*αἰτία* (causa) には異なった意味があることが述べられた後に、異なった意味の *αἰτία* は互いに互いの *αἰτία* となることがある例として「働くこと」*πνεῖν* (laborare) が「健康」*εὐεξία* (bona corporis habitudo) の始動因であり、後者は前者の目的因であることが挙げられている。キュジャースはアリストテレスのギリシャ語原文「同じ意味では」を用いて、同じ意味の原因は互いに原因たりえないと述べているのである。

81) キュジャースが挙げている D.41.2.48 は、「ある者が、奴隷つきで土地を贈与し、自分はそれらの占有を移転したと証書で述べたとき、土地と同時に贈与された奴隷のうちの一人が贈与を受けた者に到達し、直ちにその土地に送られたとき、土地の占有とはかの奴隷の占有がその奴隷を通じて取得されることは疑いがないであろう。」とするパビニアス『解答録』第10巻である。

82) Ad §. Veteres putaverunt. « In quo proponitur vetus haec iuris regula: Per servum hereditarium, vel hereditatem ipsam, id est, ius successionis, nec aliud quidquam, id est, ne rem quidem ullam, quae eiusdem hereditatis sit, heredem acquirere posse. Et extat haec etiam regula in l. 18. sup. t. prox. (D.41.1.18) et in l. 43. de acqu. her. (D.29.2.43) Et vera est, et in dominio, et in possessione rerum hereditariarum acquirenda, nempe ut neque dominium, neque possessio rerum hereditariarum heredi quaeri possit per servum hereditarium, quod indicat d. l. 18. de acqu. rer. dom. (D.41.1.18) et in h. t. l. qui absenti, §. ult. (D.41.2.38.2) Et praeterea, quod notandum, haec regula accipienda est de servo hereditario, qui iam ad heredem pervenit iure hereditario, ut indicat eadem l. qui absenti, §. ult. (D.41.2.38.2) et §. si ex parte, in hac l. (D.41.2.1.17) non de servo iacentis, nec dum aditae haereditatis. Sed videamus, quae sit ratio huius regulae. Haec

videtur esse: quia cum per hereditatem, id est, iure hereditario adquiratur servus hereditarius, natura non fert, ut et vicissim per servum hereditarium adquiratur hereditas, vel pars hereditatis, vel id quod eiusdem hereditatis est, neque enim potest aliud alii esse causa, τὸν αὐτὸν τρόπον, eodem scilicet modo, ut in 2. *Physic. cap. 3*. Inde quaeritur hoc loco, an haec regula, quae de servo hereditario tantum loquitur, aut de servis hereditariis, qui ad heredem pervenerunt, longius producenda sit ad servos legatos, vel donatos, vel aere comparatos, an vero per unum servum ceteri adquiri et possideri possint: an pluribus servis legatis, vel emptis, vel donatis per unum eorum ceteri adquiri et possideri possint, quod magis probat Paulus hoc loco. Itaque censet, regulam hanc longius producendam non esse extra suos fines et terminos, per eum scilicet servum, qui ad legatarium, vel emptorem, vel donatarium pervenerit, ut ait nominatim l. praedia, inf. h. t. (D. 41.2.48) quem postea legatarius, vel emptor, vel donatarius mittat ad possidendos, ceteros possideri posse, ceterorum possessionem adquiri posse, per unum tamen servum hereditarium, qui similiter ad heredem pervenerit, alioquin comparatio nihil valeret, heredem ceterorum servorum, ceterarumque rerum hereditariarum possessionem adquirere non posse, propter rationem supradictam, quae cessat in servo legato, vel empto, vel donato: quoniam hic titulus singularis est, non universalis, ut titulus hereditatis. At sciendum est per alium tamen servum, qui ad heredem alio iure pervenerit, quam hereditario, rerum hereditariarum possessionem heredem adquirere non prohiberi, sed per servum hereditarium tantum, » Jacobus Cuiacius, Commentarius seu recitationes solennes in librum Pauli ad edictum, Opera omnia Tomus V, col. 701. さらにすすめて、キュジャースは、問題の奴隷を共同相続人の一人が先取遺贈によって取得する場合またはその奴隷が共同相続人と遺言者との共有物であった場合には、相続原因で取得されたのではないが故に、つまり相続財産としてではない持分があるが故に、その奴隷を通じて取得が可能であると、以下のように説明していた。「相続財産でないほかの奴隷によって相続財産を占有することができると私が述べたように。D. 41.2.38, D. 41.2.53 において示されているように。また次の D. 41.2.1.17 において同じく示されているように。以下のように思い浮かべよ。遺言者が同じ相続分で二人の相続人ティティウスとガイウスを指定し、半分について相続人に指定されたティティウスに、ある奴隷を先取遺贈した。このようにこの相続人は、先取遺贈された奴隷の一部を相続権 (ius hereditarium) によって、一部を遺贈の権利 (ius legati) によって有する。なぜなら彼に遺された遺贈は共同相続人の相続分についてだけ有効であるから。彼自身の相続分については有効ではない。このことは全く確実である。D. 34.9.18.2, D. 35.2.91 のように。相続人は、先取遺贈された奴隷の一部を相続権によって有し、相続権ではなく遺贈の権利によって一部を有する。そして遺贈の権利によって有するこの「二分の一」持分の故に、その奴隷は別の「二分の一」持分については相続によるものであるにもかかわらず、この奴隷を通じて相続財産の物の占有を取得できる。相続財産として遺された奴隷を通じてではなく遺贈された奴隷を通じて、ということ。そしてこれに類似して、[奴隷] スティクスが、指定された相続人と遺言者との共有であったときは、相続人は、その奴隷に対して相続権によってではなく自らの権利によって有している持分故に、たとえ、ほ

【第28節】

〔邦 訳〕

ところで私は奴隷たちを通じて占有が取得されると述べたにもかかわらず、このことがあてはまるのは、奴隷たちが占有する意識を、しかも私のために占有を取得する意識を有するときである。D.41.2.1.9, D.41.2.1.19のように。そして、この最後のことが言えるのは、引渡した人が、私の名義になるようにと引渡さなかったときである。そうでない〔引渡す者が私の名義になるように引渡す〕ときは、奴隷の悪知恵は私を害することは決してないであろう。D.41.1.37.6, D.39.5.13のように。

〔解 説〕

奴隷を通じての占有の取得の場合に誰の心素が問題となるか。D.41.2.1.9では我々がその者を通じて占有する者の *intellectum possidendi* を要求しており、D.41.2.1.19では奴隷が「第三者ではなく主人のために占有を取得する意思があること」を要件としている。しかしアゾーは、この「主人のために占有を取得する意思」という要件は、引渡す者が「私の名義で」引渡さなかった場合にだけあてはまるとし、奴隷の意思の面での主人に対するいわば「悪巧み」は効力がないとする。ちな

かの持分が相続権によって彼に助けとなるのではあるものの、相続人は、その奴隷を通じて、土地の占有または任意の相続財産の物の占有を取得することができる。相続権によって彼に助けとなるであろう奴隷を通じてならその占有を取得することはできないであろうが。」*«ut dixi per alium servum non hereditarium res hereditarias possidere potest, ut in d. l. qui absenti, (D. 41. 2. 38) l. ult. (D. 41. 2. 53) ostenditur: ut item ostenditur in §. si ex parte (D. 41. 2. 1. 17), qui proxime sequitur. Finge hoc modo: Testator scripsit duos heredes ex aequis partibus, Titium et Caium, Titio heredi scripto ex parte dimidia servum praelegavit: sic heres servi praelegati partem habet iure hereditario, partem iure legati, quia legatum ei relictum non valet, nisi pro parte coheredis; pro sua parte hereditaria non valet, hoc est certissimum, l. eum qui, §. ult. de his quib. ut ind. (D. 34. 9. 18. 2) l. in quartam, ad l. Falc. (D. 35. 2. 91) Servi autem praelegati heres partem habet iure hereditario, partem non iure hereditario., sed iure legati: et propter hanc quidem partem, quam habet iure legati, licet pro altera parte servus hereditarius sit, per eum rei hereditariae possessionem adquirere potest, quasi per servum legatum, non per servum hereditate relictum. Et similiter, si communis Stichus fuerit testatoris, et heredis scripti, propter partem, quam heres in eo servo iure suo habet, non hereditario, licet altera ei obvenit iure hereditario, heres per eum servum fundi, vel rei cuiuslibet hereditariae possessionem adquirere potest, quam non posset adquirere per servum, qui ei totus obvenisset iure hereditario.» Cuiacius, Opera Tomus V, col. 701–702.*

みに権力服従者を通じてのカーザーの以下の整理は、ローマの原則がいつ確立したかに言及することや、逃亡奴隷について経済的統一性という視点を提供する以外は新しいことは述べていないと思われる。

「家父権に服する者については、彼らは権力者のために占有を取得しうるが、但し権力者が知っている（そして承認している）（mit seinem Wissen (und seiner Billigung)）か、彼らの特有財産のため（zugunsten ihres peculium）であるときである、という考えがすでに早期にはっきりと確立していた。この理論は、権力服従者自身が権力者の占有にある（der Gewaltunterworfenen im Besitz des Gewalthabers steht）ということで古典前期について支持されている。権力者は彼の任意の道具としての権力服従者を通じて占有を取得する。従って通常は心素は権力者について要求されるのであり、特有財産の取得の場合にのみ、通常は権力者の一般的な忍容に支えられて服従者の心素が要求される。これに対して逃亡奴隷を通じての占有取得はおそらくはその主人の経済的な統一性のために、奴隷の帰属が存続しているという考えに基づいているのであろう。」⁸³⁾

さて、アゾーは次に権力服従者でない者を通じての取得を述べる。

【第 29 節】

〔邦 訳〕

財産管理人を通じても、また後見人や保佐人を通じても、編入都市民団のためには都市を管理する人々を通じても、占有が取得される。D.41.2.1.20, D.41.2.1.22, D.35.1.97, D.50.1.14 のように。

〔解 説〕

流布本や我々が利用できたバッシアヌス註釈付 Digestum Novum の写本に従うと、D.41.2.1.20 では、「(財産管理人、後見人または保佐人が) 自分たちの労務を我々のために提供する意図を持たずに自らの名義で占有を取得したとき、我々は(占有を) 取得しえない」と述べられている⁸⁴⁾。サヴィニーは、編入都市民団の占

83) Kaser, Römische Privatrecht I, supra not. 18, S.392–393.

84) フィレンツェ写本に基づく 1553 年トッレツリ版の読み方「我々のために提供する……彼らは取得しえない」«accommodarent nobis: non possunt adquirere» やモムゼン版の読み方「……提供する……彼らは我々のために取得しえない」«accommodarent, nobis non possunt adquirere»ではなく、「……我々のために提供する……我々は取得

有取得について、法人は、直接の意識の能力がないにもかかわらず、自由人を通じて占有を取得できるとして、このD.41.2.1.22を援用している。アゾーは、編入都市民団のために、「もし彼らが宣誓したなら」という条件で遺贈がなされたときに、都市の事務を管理する者の宣誓でよいとするD.35.1.97、および都市の全体が委ねられている人々が知っていることを編入都市民全体が知っているとして解されるとするD.50.1.14という、都市民の心素の形成を支える法文を挙げている。

【第30節】

〔邦訳〕

ところで、財産管理人について述べられたことを区別して受入れる者たちもいる。つまり彼らは一般財産管理人と特別財産管理人との間で、一般財産管理人であったときは、D.41.1.59のように、私に引渡されたときを除いて私のために占有が取得されないというように区別する。これに対して特別財産管理人であったときは、確かに引渡すだけの特別財産管理人であれ、受取るだけの特別財産管理人でさえも、それぞれが引渡すまたは受取るときには、知らない私のために占有が取得され、引渡した者が所有者であったときは、所有権も取得される〔という〕。D.39.5.13およびC.7.32.8のように。なぜなら受取るだけの特別財産管理人の心素があれば与える者の心素なしに私のために所有権と占有が取得されることが生じるからである。我々が上で述べたように、そしてまたD.41.2.1.9およびD.41.2.1.19において是認されているように。我々は一般財産管理人と特別財産管理人の間で区別はしない。なぜなら全体に関して許可された管理は全体に対して効果があるのに対し、部分に関して許可された管理は部分について効果があるからである。D.26.7.51のように。また従って彼らが特別財産管理人だけについて区別して認めたものを我々はすべての財産管理人において認める。

〔解説〕

財産管理人を通じての占有取得のこの節の叙述は難しい。財産管理人を一般財産管理人と特別財産管理人とに区別し、特別財産管理人に受取る心素を要求する説が紹介される。援用されているD.41.2.1.9およびD.41.2.1.19は、受取る財産管理

しえない」*« accomodarent nobis, non possumus adquirere »*という読み方は、サヴィニーなど後代の多くの支持を得ていた。Savigny, *Besitz*, supra not.1, §.26, S.306, Fn.2.

人に私のために受取るという心素がなければ、私は占有を取得しないことを述べており、アゾーはここから与える者の心素を不要と考えているように思われる。いずれにせよ、アゾーは一般、特別の区別なく財産管理人の「受取る心素」のみを要求する。与える者の心素を要求しないことは援用法文からは出てこないが、あるいは、反対解釈というより、「与える」という行為の理解にかかわるのかも知れない。

【第 31 節】

〔邦 訳〕

そして、C.4.27.1にある〔権力に服していない者を通じて占有の原因を除いて何も取得されないという〕ことは、財産管理人を通じて所有権が取得されると上で我々が述べたことにも、対立するものではない。というのも、そこでは、占有が除外されるのではなく、占有の原因（カウサ）が除外されると言われているからである。ところで所有権が占有の原因（カウサ）である。なぜなら所有権という根拠（ラティオー）によって我々は物を返還請求し、そして占有が我々のために回復されるからである。しかし占有も所有権の原因（カウサ）である。なぜなら大抵の場合、占有を通じて所有権が取得されるからである。例えば、引渡や、我々が上で指摘したその他の方法（態様）を通じて、所有権が取得されるのである。

〔解 説〕

C.4.27.1pr. は疑いのない法として、「占有の原因を除いて (excepta possessionis causa)、他人の権利に服していない自由人を通じては何も取得されない」ことを宣明し、「占有の原因」は財産管理人を通じて取得するとする。アゾーの説明は、占有は所有権を取得する面からするとその取得の原因であるが、所有権は占有を回復するという面からするとその回復の根拠として働く、というものである。そしてこの勅法では、「占有の原因」である所有権の取得が認められているのであり、使用取得による所有権取得のための占有の取得は認められると解釈できることになる。

アゾー以前に、プラケンティヌスは、「ところで財産管理人を通じて主人（本人）のために、主人が知っていても知らなくとも、占有が取得される。財産管理人を通じて所有権も取得されるわけではない。通例は、財産管理人は占有だけを取得することのできる者であるが故に。C.4.27.1のように」と述べて、この勅法を援用し、むしろ「占有の原因」の「原因」にこだわらずに「占有」と理解していた。彼は、「財産管理人を通じて占有も、つまり主人に使用取得の条件が取得されるが、あく

まで主人が知っている限りのことである。C.7.32.1のように」と続けて、使用取得には主人が知っていることが必要であることを述べている⁸⁵⁾。

サヴィニーもやはり、「占有は代理人に対する法的権力なしでも取得されうるものであり、そして所有権も、占有を手段としてつまり引渡または先占を通じて取得されるときには、同様である。」と述べ、占有を所有権取得の手段と考えて、所有権も取得できると解している⁸⁶⁾。

【第 32 節】

〔邦 訳〕

ところで占有は体素と心素によって保持される。それどころか心素のみによってさえもそうである。C.7.32.4, D.41.2.6.1のように。自然的占有は、私を通じてだけでなく、誰であれ我々の名義で占有中にある者を通じても保持されうる。

〔解 説〕

占有取得の説明が終わり、続いて「占有の保持」の解説がなされる。占有の保持は、心素と体素によってなされることがまずは出発点である。援用の C.7.32.4 は冒頭で「占有は裸の心素（心素のみ）で (*nudo animo*) 取得されえないが、しかし心素のみで (*solo animo*) 保持されうる」と宣明している。同じく援用されている D.41.2.6.1 は、「市場へ出かける者が、誰も〔留守に〕残さず、彼が市場から戻ってきた時に誰かが占拠していた (*occupare possessionem*) ときは、その者は隠秘に占有していると見られるとラベオは記している。従って、市場に出かける者が占有を保持している、しかし帰ってきた所有者に入るのを認めなければ、隠秘ではなくむしろ暴力で占有していると理解される、と。私の留守中に占拠していた者の占有は隠秘な占有であり、私が帰るのを認めない段階で暴力による占有となる」とするものである。いずれにせよこの法文での私は、相手方との関係で暴力、隠秘、容假占有の瑕疵なき占有が保護されるとする占有保持の特示命令にある瑕疵占有の抗弁

85) « Per procuratorem autem quaeritur possessio dominio [domino?] tam ignare quam conscio: dominium quoque non per procuratorem, utpote non nisi possessionem regulariter quaerere valentem, ut C. per quas perso. l. i. » « per procuratorem quoque adquiritur possessio, domino usucapiendi conditio, sed duntaxat conscio, ut C. eo. l. i. » Placentinus, Summa, supra not. 12, p. 329–330.

86) Savigny, Besitz supra not. 1, §. 26, S. 311–312.

によって保護されることになる⁸⁷⁾。

87) 周知の如く、不動産占有保持の特示命令は、「一方が他方から暴力によるのでも隠秘にでも容仮的にでもなく、あなた方が現在占有しているのと同様に占有することができないように暴力がなされることを私（本職）は禁じる」というものである。理解の助けとなるように、発令後の手続について、小菅先生の論文（小菅芳太郎「Uti Possidetis 特示命令に関するガイウス文（Gai. 4.148）に於けるインテルポラティオの可能性について（一）」『国家学会雑誌』第71巻第3号1-60頁）とカンナータ『ローマ法提要』（Cannata, Corso I, supra not. 1, p. 239-242）に従って概略を説明しておこう。

特示命令発令後の手続は、双面的なもので実質的には二個の訴訟が併存する複雑でアルカイックなものであるが、これについては、ガイウス『法学提要』第4巻第170節に、「特示命令に基づくさらなること」（*cetera ex interdicto*）をなさない者、つまり特示命令の発令に続く訴訟行為を行わない者、暴力行為を行わない者（*vim non faciat*）、または果実の競りに参加しない者（*fructus non liceatur*）、または果実に関する問答契約をなさない者（*qui fructus licitationis satis non det*）、誓約一再約をなさない者、誓約一再約の手続を受け入れない者（*si sponsiones non faciat sponsionisve iudicia non accipiat*）が列挙されていることに依拠し、ガイウスのテキストの欠落部分を補って説明される。特示命令発令後、直ちに審判手続に移るのではなく、両当事者は法務官の許にとどまる。そしてまず、特示命令に基づく暴力（*vis ex interdicto*）という象徴的な儀式を行う。次に、敗訴した場合に暫定的占有中の收受果実返還としていくらか支払うか額を競わせ（果実競売 *fructus licitatio*）、より高い額を提示した者に暫定的な占有が付与される。ここに果実問答契約（*fructuaria stipulatio*）が締結される（敗者がこの契約締結を拒否したときは、果実訴訟が許されたが、その詳細は不明で多様な学説がある。小菅、52頁）。第三に、各当事者は、法務官の告示に反して相手方から自らに対して暴力がなされた（*adversus praetoris edictum sibi vis facta est*）と主張して、相手方に対して〔敗訴の場合に支払う〕罰を諸約させ、告示に反して暴力がなされなかった場合に自ら〔支払う〕罰を諸約する。なおこのように二対の誓約と再約（*sponsiones – restipulationes*）つまり都合四つの問答契約がなされるが、実際には一つの誓約と再約にまとめることができたとされる。こうして法廷手続が終わり、審判人の許で、特示命令発令時点で、いずれが相手方との関係で瑕疵（暴力、隠秘、容仮占有）なき占有者であったかが判断される。

果実の競りで勝ち、暫定的な占有を付与された者が敗訴したときは、果実についての問答契約で諸約された額と、さらに誓約・再約で諸約された額とを、罰名目で支払わなければならない、加えて（果実についての問答契約の額は、損害賠償ではなく専ら罰であったから）、現実収受した果実をとまってその物の占有を回復しなければならない。この占有が回復されないときには、いわゆるカスケッリウスの訴訟、別名、後続訴訟（*iudicium Cassellianum sive secutorium*）で追及される。これに対し果実の競りで負けた者が敗訴したときは、誓約と再約の額だけを罰名目で支払うことになる。この訴訟は回復的な機能を担うとされるが、勝訴者はこの間ずっと占有を喪失していなかったことになるので、あくまで占有保持の特示命令である。ちなみに、特示命令発令に続いてなされる象徴的な暴力である特示命令に基づく暴力（*vis*

【第33節】

〔邦 訳〕

さらに、容仮的に占有する者は、相手方から（占有を）有するにもかかわらず、時としてあらゆる占有を有する。例えば、彼がそのような懇願したときのように。時として自然的占有のみを（有する）。前のようなこと（あらゆる占有）を懇願したときであってもである。時として何らの占有も（有しない）。占有することではなく、占有中にあるということを授かったときがそうである。これに対して、ある者が容仮的に懇願して、その者が賃借したときは、後からなされたこのことが拘束すること〔つまり彼は占有を失うこと〕になる。D.43.26.4.1, D.43.26.15.4, D.43.26.6.2, D.41.2.10のように。

〔解 説〕

次に、容仮占有者の占有については、合意によって、あらゆる占有、自然的占有、単に占有中にあるにすぎない地位といったように、多様に取り決められることが述べられている。なお容仮占有者が賃借人になるときは占有を失うことになる。アゾーはD.41.2.10.1を挙げている。そこでは、逆に、土地の賃借人が、占有するようではなく占有中（の地位）にあるように容仮的に懇願した場合にその懇願が認められるとするものである。

サヴィニーは、派生的占有の説明において、占有が移らないことが原則である寄託と移るのが原則である容仮占有との対比を行う箇所で、「容仮占有の場合は全く逆である。この場合もまた占有が移転されるときもあれば、所持が移転される（だけの）ときもあるが、しかし第一がルール（原則）であり、第二の方を主張しうる

ex interdicto) に対して、従来これと同視されてきた「合意に基づく暴力」(vis ex conventu) 別名「慣習によって行われる駆逐」(deductio quae moribus fit) は、占有保持ではなく回復が問題になっているキケロの弁論に見られるものである。従って、神聖賭金による対物法律訴訟の準備的性格を有する別のものであると考えられている (Luigi Labruna, *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*, Napoli, 1971, p.158-168. 佐々木健「L・ラブルーナの暴力 vis 論 (二)・完」『法学論叢』第155巻第2号102-103頁)。また、神聖賭金による対物法律訴訟の儀式を思わせるようなこうした象徴的な暴力の意味はどこにあるのか。少なくとも、この暴力を禁止されるのは自身ではなく相手方であると主張し続く手続に挑む行為であると言え、勝訴者にとっては結果的にこの行為が、特示命令によって禁じられた暴力行為ではないことになる。

ためには特段に合意がなされなければならない。なぜこの場合には占有の移転がルール（原則）として受け入れられるのかの理由は、その移転が所有者（懇願された者）に損害を与えないことにあるから。所有者の使用取得占有は、つまり占有の通算によって継続されるのであり、そして譲渡された占有を再び取得するためには固有の占有回復の特示命令 *interdictum recuperandae possessionis* を有する〔ので損害を与えられない〕からである」と述べて⁸⁸⁾、体系的な整序に成功している。

容仮占有者の地位について、今日の教科書では、例えば、ヴォルテッラ『ローマ私法』を見ると、体系的な整序よりも派生的占有が生じた歴史的経緯の説明に叙述の重心が移っている。「容仮占有者の側での物の所持、つまり所有者が何時でも自分の側からその物を回復する権利を留保して物の享受を容仮占有として与えた人の所持も、古典期には占有の要素を提供していなかった。しかしここでも、この所持に適用される占有の用語を正当化するためには、歴史的な説明が助けとなる。事実、容仮占有の起源は、不明瞭であるにもかかわらず、貴族がその庇護民になした土地の譲与に見出されなければならないと思われる。それは、公有地に対して私人に国家がなした譲与と類似している。譲与を受けた者に、他の者を排除して、絶対的な享受を帰属させるものである。この起源の状況は、占有として要求される要件を有していた。ここでもまたそうした古代の要件が、制度が変遷し動産に拡張されたにもかかわらず古典期にも維持され、もう一つ別の変則的なものを形成したのであろう」⁸⁹⁾と。カーザー『ローマ私法』では、容仮占有は特示命令の保護を受ける占有 (*Inderdiktenbesitz*) として説明され、例外的に完全な物の使用ではなく、単なる用益権の行使が容仮の対象となったときは、単なる所持者であるとされた上で、容仮占有はもともとは法的な関係ではなく単に事実上自由に使用させることであり、付与者に対しては *iniustus possessor* であったこと、サビヌス学派は、付与者を占有者としてしかも *iustus possessor* と見なししていたが、通説となるプロクスル派は、容仮占有者のみを占有者と把握していた、といった歴史的な推移が述べられている⁹⁰⁾。

88) Savigny, *Besitz* supra not. 1, §. 25, S. 302–303.

89) Volterra, *Istituzioni*, supra not. 1, p. 393.

90) Kaser, *Römisches Recht*, I, supra not. 18, S. 388–389.

【第 34 節】

〔邦 訳〕

次に我々は占有がいかに失われるかを見よう。このことは様々な態様で生じる。例えば、不動産の占有は汜濫によって失われる。動産が海中にまたは河川に没する場合もまた同じである。D.42.5.12.2, D.41.2.13, D.41.2.30.3 のように。

〔解 説〕

次に占有の喪失が述べられる。まずは物理的でわかりやすい喪失の例が述べられている。

【第 35 節】

〔邦 訳〕

同様に、私が死体を永久的埋葬のために、ある場所へ葬ったときも、私は（その場所の）占有を失う。なぜなら、神聖な場所または宗教的な場所は、たとえ我々が宗教を軽蔑し、自由人を保持するようにその場所を私有地として保持するとしても、我々は占有しえないからである。私が未発生損害について担保問答契約することを欲しなかったが故に、隣人（隣地者）が第二回の裁定によって占有付与されるときもまた同じく私は占有を失う。私が他人の権力中にいたるときもまた同じく私は占有することをやめる。D.41.2.30.1, D.41.2.30.2 および D.41.2.30.3 のように。

〔解 説〕

次に占有喪失の態様が列挙される。挙げられているケースは、私の埋葬行為によってその地が占有の対象とならなくなるとき、私が未発生担保問答契約を締結しないが故に第二回裁定によって隣地者に占有が付与されたとき、あるいは私が他人の権力中にいたるときである。前者について援用されている D.41.2.30.1 は、こうした宗教的なまたは神聖な場所を私有地と誤信して占拠している状態を、自由人を奴隷と誤想して保持している状態になぞらえている。

〔邦 訳〕

長期間によっても占有は失われる。D.41.3.37.1 のように。このことが、我々によってまたは他の学者たちによって如何に理解されているかは、すでに C.7.26 で

十分に私は注目した。

〔解 説〕

次に長期間による占有喪失の例が挙げられる。援用法文 D.41.3.37.1 は「人は、所有者の懈怠によって、または所有者が（包括）承継人なしに死亡したもしくは長期間不在であったが故に、空いている他人の土地（農場）の占有を暴力によらずして取得できる」とするものである。この問題についてアゾーは、本書『勅法彙纂集成』の「買主としての使用取得」の章（C.7.26）で詳しく論じたとしている。彼はそこで次のように述べていた。

「ところで 30 年の使用取得の効果はこうである。なぜならすべての者に従えば、所有権が取得されるからである。C.2.3.20 のように。マルティヌスによれば、10 年または 20 年の使用取得についても同じである。彼に有利な論拠は Inst. 2.6pr. および D.41.3.23 の et universitas earum 云々の箇所である。しかしブルガルスは 10 年 20 年の使用取得では第一に抗弁が取得され、第二に準所有権が取得される。それ故に、これは、抵当権が 30 年の使用取得ではなく、10 年 20 年の前書きによって（すでに）消滅させられる理由である。C.8.13(14).7, C.7.39.8 および C.7.36.1 のように」⁹¹⁾と。

この箇所では、所有権の取得か、抗弁ひいては準所有権の取得かをめぐるブルガルスとマルティヌスによる中世法学の論争が記されているが⁹²⁾、ここからアゾーは、所有者の占有の喪失を導き出しているのであろうか。

〔邦 訳〕

同様に、占有の喪失については動産と不動産との間に違いがある。というのも動

91) «Effectus autem usucapionis triennii hic est, quia secundum omnes quaeritur dominium. ut s. de pact. l. traditionibus (C.2.3.20). Idem secundum Marti[num] in usucapione x. vel xx. annorum. arg. est pro eo in insti. de usucap. i. respon. (Inst. 2.6pr.) et ff. de usucap. l. eum, qui aedes. (D.41.3.23) ibi, et universitas earum, et c. Sed Bulg[arus] ait decenni, vel xx. principaliter quaeri exceptionem, quare usucapione triennii non tollitur hypothecaria, sed tollitur praescriptio decem vel viginti annis. ut infra de pign. l. usucapio. (C.8.13(14).7) et de praescript. triginta annorum. l. si quis emptionis. (C.7.39.8) et si advers. credi. praescript. oppona. l. diuturnum. (C.7.36.1)»
Azo, Summa in codicem de usucapione pro emptore vel transactione.

92) 片岡輝夫「分割所有権（一）」, 前注 61, 第 64 巻第 10・11・12 号 564-584 頁, 参照。

産の占有は私が知らなくとも失われるからである。例えば D.41.2.15 のように、窃取されたときのように。これに対して、不動産の占有は、私が追い出されたときまたは私が排斥されるのではないかと疑ったときにはじめて失われる。D.41.2.25.2 のように。しかし私が動産を失ってもはや見つけることができないときも、私の保管の許にあるか否かで区別される。〔私の保管の許にある〕第一の場合、私は占有を保持する。なぜなら私が注意深く探すことを意図したとき、動産の自然的占有を私は手に入れうる（現実に見つけうる）からである。従って物が私の現前つまり私の保管の内にあるので、その間に欠けているのは物の占有ではなくて注意深く探すことである。〔私の保管の許にない〕第二の場合、私はもはや占有していない。

〔解 説〕

次に、動産と不動産に分けて占有の喪失が論じられる。不動産の場合に援用される D.41.2.25.2 で、ポンポニウスは、「心素だけで我々が占有しているものを、他人がその者の有体的な占有が優るように体素的に入るまで我々が占有するのか、あるいは、（このことがむしろ是認されるのであるが）ある者が戻ろうとする我々を排除し、あるいは、占有に入った者によって我々が排除されうるのではと予測して、心素で占有を放棄するまで我々が占有するのか」と問い、心素による放棄まで占有することを是認しているものである。

動産の場合は、私の知らない間に窃取によって失われる。また、失って見つけれないが保管の許にある限りは、注意深く探せば見出される可能性があるので占有は保持されるが、保管の許なくなると喪失する。アゾーの理由づけは、「その間に欠けているのは物の占有ではなくて注意深く探すことである」 *Cessat ergo interim diligens inquisitio, non rei possessio* という、ラテン語動詞 *cessare* を用いた巧みなものである。

〔邦 訳〕

但しその動産が人すなわち私の奴隸であるときはこの限りではない。というのも、私の奴隸が他人によって占有される場合または善意で自分が自由人だと考え長期にわたり自由の占有中にとどまっていた場合を除いて、私の保管の許にないにもかかわらず私はその占有を失わないからである。D.41.2.3.13, D.41.2.3.10, D.41.2.50.1 および D.41.2.25pr. [D.41.2.25.1 と D.41.2.25.2 も見よ] のように。また、人（奴隸）の場合には彼の心素によって自分に対する占有を奪いえないように、とい

うのが理由である。なぜなら、他人の物の占有を奪うことはないからである。D. 41.2.13pr.〔アゾーは、法文指示にあたって、末尾の解答部分という書き方をしているが、この法文の首項では、ポンポニウスの疑問が述べられ、それに対して私＝ウルピアヌスが解答していることになっており、この解答部分を指していると思われる〕および D.41.2.15 のように。同様に、我々が猛獣の占有を失うと、直ちに猛獣は広大な自然の中に戻る。そうではなく狩猟園に囲われているときは我々によって占有されている。D.41.2.3.14 のように。

〔解 説〕

「奴隷を占有すること」についての議論はより精緻である。他人によって占有されるか、長期（10 年）間自由人であると考え、自由の占有中にあったとき以外は、保管し見張っていなくとも占有は失われない。援用されているパウルス法文 D.41.2.3.10 は、「私が占有していた奴隷が、スパルタクスが行ったように、自由人として振舞い、自由身分の訴訟を受ける用意ができていれば、その奴隷が主人に対して訴訟に応じる用意のある以上、主人によって占有されているとは見られないであろう。しかしこれが正しいのは、彼が長期にわたり自由身分にあることにとどまっているときである。さもないれば奴隷状態の占有に基づいて自由身分へと請求し自由身分の訴訟を願いだしたとき、彼が自由人であるとの判決がなされるまでは、やはり彼は私の占有中にあり、そして心素によって彼を私は占有する」と述べている。主人は、奴隷自身の心素によって奴隷に対する占有が奪われないことや、他人の物の占有を奪うことはできないというのがその論拠である。保管の有無という基準は猛獣（野獣）についてもあてはまる。

【第 36 節】

〔邦 訳〕

ところで、不動産であれ動産であれ、小作人や類似の者を通じて我々が占有している物は、たとえ知らなくとも我々から失われる。D.41.2.44.1 のように。このことは、D.41.2.53 を通じて訂正される、と述べる者たちがいる。あるいは、ブルガルスが述べるように、なるほど占有は失われたが占有を回復するために法律に基づくコンディクティオまたは不動産占有回復特示命令を有し、そしてそれ故に物を有すると見られるので所有者に損害が加えられるわけではないと言われる。D.4.1.5 および D.50.17.15 のように。または、小作人が物を引渡すか、あるいは占有を

失ったり放棄するのかわで区別せよ。我々が上〔19節〕で述べたように。

〔解説〕

小作人などを通じて占有する者は、知らないうちに占有を失うことがある。これについては中世法学において議論があったことが紹介され、ここでアゾーはすでに19節で述べた説を繰り返している。援用されているパピニアヌス法文D.41.2.44.1は、特有財産の原因に基づき奴隷を通じて、占有の事実を知らない主人のために占有が取得されるのは、主人が特有財産に属する物とその権原についていちいち調べることを強要されないという利便からの変則法であるとし、特有財産でない場合は主人の意識が必要であるとして、取得を論じているものである。このルールが訂正されたと主張する者たちが援用しているD.41.2.53は、瑕疵占有として第三者に対しては対抗できるとするもので、その趣旨は、不動産占有保持の特示命令に裏打ちされた、暴力の連鎖を防ぐ原則を述べるものではあるが、ここでは瑕疵占有者としてこの意味で占有を失っているわけではないことを確認しているものである。またブルガルスが、占有が失われないことの主張に援用しているD.50.17.15は、「物を受領することを目的とする訴権をもつ者は、その物自体をもっていると考えられる。」と述べるもので、むしろ本権の問題を述べているにすぎないと思われる。

【第37節】

〔邦訳〕

同様に占有は、体素と心素によって、またはあなたが心素を以て始めるときは心素のみによっても失われる。というのも体素のみによつては占有は失われないからである。D.41.2.3.6, D.41.2.8のように。というのも二つのことが要求される場合であつて、もしそのうちの一つであなたが始めるときには、その一つで十分であるからである。上でC.6.30.5, Inst.1.2.11, C.3.29.5, C.3.29.8において看取されうるように。ところで、占有の様々な区別、つまり隠秘な占有とは何か、容仮的な占有とは何かについてはそれほど検討する必要はない。従つてこれらを省略してもこれで⁹³⁾目下のところは十分である。

93) tantopere. 後の原文に指摘するように、写本によっては「実質的に」(in corpore)と読むものもある。

〔解 説〕

この最後の節で、まず占有は体素のみでは失われないことが述べられる。心素のみで占有が失われるのは、占有の開始前にすでに体素があり、後から心素が加わり占有が始まったときである。「占有の喪失についても、占有する者の意思 (affectio) が注目・考慮されなければならない。それ故に土地（農場）にあなたがいるがそれを占有したくないとき、あなたは直ちに占有を失う。従って、心素だけでも、取得はされえなくとも失われる可能性がある」との原則を述べるパウルス法文 D.41.2.3.6 がまずは援用されている。

これに対して次に援用されている同じくパウルス法文 D.41.2.8 が、「心素と体素がなければ占有は取得されえないように、両方のことが反対になされない限り、占有は失われることはない」と述べていることは検討を要する。

アゾーは、本来二つのものが要求されてはいるがその一つで十分であるとし、その際にいくつかの法文を挙げている。いずれも、中世法学の立論における法文援用に見られるように、援用の意図が法文の内容からは直ちにはわかりにくいものであるが、法文の中身を見ておこう。

最初の法文は、未成熟被後見人が（後見人の助成を得て相続人としての行為をすることで）相続財産を取得するには、本人の行為と意思の二つが必要であるとする C.6.30.5 である。次の法文は、自然法の成立要件はあらゆる民族の遵守と神の摂理の二つであり永続的な効力を有しているのに対して、各都市が自ら定めた法は、都市の市民団によってその変更が可能であるとする Inst.1.2.11 である。第三の法文は、父が、結果として不倫遺言に相当するような贈与を害意なしに行ったときは、全面的な無効ではなく、不倫遺言の訴えを却けるに足る額をその贈与から子（卑属）に戻すことで足りるとしている C.3.29.5 である。ここでは、不倫贈与の訴えは、相当額の贈与と他の子（卑属）を害する意思の二つが要件であるのに対して、後者の害意がない場合には、差額の控除だけでよいとされているのである。C.3.29.8 の首項は、不倫遺言の訴えを回避する脱法行為は、贈与と意思がある以上非難されるとするもので、1 項は、父から母を経由して息子に与えられた贈与は、一見したところ夫婦間贈与の禁止に違反するように見えるが、実質的にはその禁止に違反する意思はないために、その贈与行為は父から息子への贈与として合法と扱われるとするものである。

どれも本来的には二つの要件が必要であるとしても、一つの要件を欠いている場合にも、特別な効果が付与されることの証左として挙げられていると思われる。

補遺：原 文

Appendix: Text of the Azonis summa in codicem
de acquirenda et retinenda possessione

原文の確定には、以下の三つの写本を参照した。

- H** Azo, Portius, d. ca. 1230. Summa in Codicem I=IX, ca. 1350 cite as HLS MS 89, Harvard Law School Library 242 leaves: vellum; 37 ca., Contains Summa in Codicem I=IX; Idem and Summa in Institutiones I–IV HOLLIS [Catalog] Number 004435305 (fol. 1r.–193v), 156r–157v.
- O** Azo, Portius, d. ca. 1230. Summa in Codicem I=IX, Oxford Bodleian Library, Canon. Misc. 416 (fol. 1–213v=Dolezalek) Microfilm paper print A3 187 frames. fol. 106v–108v.
- B** Azo, Portius, d. ca. 1230. Summa in Codicem, Staatsbibliothek zu Berlin, Preussischer Kulturbesitz Handschriftenabteilung, Ms. lat. fol. 22 (fol. 3r–186r. =Dolezalek); vollst. fol. 150v–152v.

比較対照として以下の四つの印刷刊本も利用した。

- 1566 Summa Azonis, locuples iuris civilis thesaurus. Venetiis, apud Franciscum Bindonum. MDLXVI. col. 739–748.
- 1581 Summa Azonis, locuples iuris civilis thesaurus. Venetiis, sub Signo Angeli Raphaelis. MDLXXXI. col. 739–748.
- 1610 Summa Azonis, sive locuples iuris civilis thesaurus. Venetiis, apud ad Societatem Minimam. MDCX. col. 739–748.
- 1966 Azonis summa super codicem, Augustae Tauriorum ex officina Erasmiana, MCMLXVI. Corpus glossatorum iuris civilis II. fol. 276–278.

上記のように、写本については所蔵先の頭文字、印刷刊本については出版年（最後のものは復刻出版年）で略記する。

原文の確定にあたっては、**H** 写本を基礎とし、**O** 写本 **B** 写本の読み方を採用するときはその旨を指摘した。基礎とした写本の選択は、写本伝承などからの優劣によるのではなく、読みやすさによった。前頁には掲載の認められた **B** 写本の複写

を添付している。写本のみで読み方が確定されるときは原則として印刷刊本の読み方は指摘しないが、三写本いずれとも異なる印刷刊本の読み方を採用するときは必ず指摘した。また印刷刊本間に重要な異読があるときは、印刷刊本を用いる場合に注意を喚起する意味で、指摘することもある。

原文掲載にあたっては、次のような作業ルールに従った。中世写本における通例の綴りの省略や中世ラテン語のスペリングの疑義は、いちいち指摘せずにスペルを補い古典ラテン語の綴りに変更(例えば, *diffinitio* を *definitio* に)した。『ローマ法大全』の章名や法文の省略は場合によっては一部を補い、参照者の便宜のために近代の引用法に従った法文箇所を付加した。その際、バンベルク図書館所蔵バッシアームス註釈付きの写本(Bamberg, Msc. Jur. 18. 以下 **Bam.**)や流布本1513年版印刷刊本(以下 **Fradin.**)と、モムゼン大版(以下 **Mom.**)とで、原文や法文や項の区切りが異なる場合などは指摘した。原文の句読点などは、印刷刊本を参照して適宜付加した。なお冒頭に挙げた概要目次は印刷刊本のものであり写本にはないが、原文掲載にあたって、要旨の原文を冒頭に挙げた。節の区切りも、印刷刊本の要旨に従ったが、写本との異同は注で指摘した。

[概要目次]

De acquirenda, et retinenda possessione.

- 1 Possessio quid sit. et nu. 22.
- 2 Incorporalia an et quomodo possidentur.
- 3 Possessionem acquiri corpore et animo, non altero ex his tantum: atque inibi quomodo id sit intelligendum.
- 4 Possessionem quae animo et corpore quaeritur, esse naturalem, quomodo intelligi debeat, et qua ratione dicatur civilis.
- 5 Possessio civilis et naturalis an sint duae possessiones, an vero una tantum.
- 6 Possessionem naturalem retineri solo animo.
- 7 Possessionem habere, aliquando plurimum iuris, aliquando autem plurimum facti et nu. seq.
- 9 Dominium quibus casibus sine apprehensione quaeratur.
- 10 Postlimi fictionem non habere locum in ea possessione, quae per nosmet ipsos nobis quaeritur.
- 11 Possidere non censi aliquem, tametsi et corpore et animo insistat rei, ubi adminiculum iuris repugnat, vel non adest: et quibus casibus id accadat.

- 12 Possidere eadem rem an possint duo insolidum. et nu. seq.
- 14 Possidere naturaliter quis dicatur, et quis civiliter.
- 15 Possessionem civilem qui habeant.
- 16 Emphyteuta fructuarius, et vasallus quomodo possideant: et quid si aliis locent, vel in emphyteusim concedant, an aliquam apud se possessionem retineant. nu. seq. et nu. 21.
- 18 Conductor ad modicum tempus, inquilinus, et colonus an possideant.
- 19 Possessionem an et quando amittat dominus ob id, quod colonus, commodatarius, inquilinus, vel similes exierunt a re, quam ipsi domino possidebant.
- 20 Intellectus ad l. si servus. C. quod cum eo qui in alie. potesta. est. (C. 4. 26. 6)
- 23 Possessio quomodo acquiratur.
- 24 Debitor an et quatenus possideat pignus ab eo datum creditori, et an creditor possideat tale pignus.
- 25 Possessio an et quatenus acquiratur patri per filium. et per quos quaeratur nobis possessio. et nu. 29.
- 26 Possessio an et quando acquiratur domino per servum. et nu. 28.
- 27 Possessionem rerum haereditariarum non posse acquiri haeredi per servum haereditarium, et quae sit huius ratio.
- 30 Possessio an et quando quaeratur nobis per procuratorem.
- 31 Intellectus ad l. i. C. per quas perso. nobis acquir. (C. 4. 27. 1)
- 32 Possessio quomodo retineatur.
- 33 Possidens praecario qualem possessionem habeat.
- 34 Possessio quibus modis amittatur.
- 35 Possessio rei mobilis in quibus differat a possessione rei immobili quantum ad eius possessionis amissionem.
- 36 Possessio earum rerum, quas per colonos, vel similes personas possidemus, quomodo amittatur.
- 37 Possessionem amitti animo, et corpore, vel solo animo, non etiam solo corpore.

〔本 文〕

De acquirenda et retinenda possessione.

Post tractatum de usucapionibus consequens est, ut audiamus de praescriptionibus. Sed quia possessionis causa eiusque notitia pertinet ad usucapiones, de quibus diximus, et ad praescriptiones, de quibus erit dicendum, non incompetenter in medio tractatus inseretur de acquirenda et retinenda possessione. Porro versa vice vel e converso, in

Digestis¹⁾ titulus imprimitur de acquirenda et amittenda possessione, verum in Codice convenientius inscribitur de retinenda possessione, quia usucapiones et praescriptiones, de quibus hic agitur, possessionis retentio inducit amissio secludit. Vel certe licet diversa sint verba, sensus tamen idem est. Cum enim²⁾ ei intitulum de amittenda possessione, ergo de retinenda, id est, quousque retineatur, tandiu enim retinetur, quandiu non amittitur. Videamus itaque quid sit possessio, quibus modis, et per quos acquiratur, et qualiter retineatur et amittatur.

*[1] Est autem possessio rei corporalis³⁾ detentio, corporis et animi, item iuris adminiculo concurrente.

De⁴⁾ re corporali ideo dixi, *[2] quia incorporalia non possunt possideri, neque usucapi neque tradi, sed tamen dicuntur quasi possideri et quasi tradi per patientiam et usum, et pro ea quasi possessione datur interdictum de itinere actuque privato, forte et uti possidetis et⁵⁾ similia, ut ff. eod. l. possideri in responso⁶⁾ (D.41.2.3pr.) et de acquirend. rer. dom. l. servus. §. incorporales (D.41.1.43.1) et de act. empt. l. datio §. si iter⁷⁾ (D.19.1.3.2) et de servit. l. quoties. via (D.8.1.20) et de usuca. l. sequitur §. si viam (D.41.3.4.26) et de servit. urb. praed. l. si aedes. §. libertas (D.8.2.32.1) et si servit. vend. l. sicuti §. Aristo (D.8.1.8.2) et ut diximus supra de servit. Sic ergo, ubi dicitur⁸⁾ via possideri, subaudi quasi. Item et ideo dicitur possessio detentio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui insistit ei. Est enim appellata possessio, ut ait Labeo, pedum quasi positio, ut ff. eod. l. i. in prin (D.41.2.1)⁹⁾.

*[3] Item¹⁰⁾ ideo dixi corporis et animi adminiculo concurrente, quia¹¹⁾ aliter possessio non acquiritur, nisi corpore¹²⁾ et animo, neque per se animo, neque¹³⁾ per

1) ff. **O B.**

2) enim *om.* **B.**

3) corporalis rei **B.**

4) 節区切りなし。 **H O.**

5) possidetis, vel 1566, 1581, 1610, 1966.

6) l. responso 1610, primo responso 1966.

7) si autem **H.**

8) dicit 1566.

9) 流布本でも、この法文の冒頭については異読があり、アゾーがここで念頭においていた法文は確認できないが、例えば、**Bam.** では、possessio appellata est ut labeo ait pedibus quasi positio であり、1513 年の **Fradin.** では possessio appellata est a pedibus (ut et labeo ait) quasi pedum positio である。

10) 節区切りなし。 **O.**

11) 節区切り。 **B.**

12) nisi et corpore 1566, 1581, 1610.

13) aut 1581, 1950.

se corpore, ut ff. eod. l. possideri. in prin. (D. 41. 2. 3pr.) et l. quemadmodum (D. 41. 2. 8). Sed¹⁴⁾ quod dixi de corpore, non est intelligendum ut semper¹⁵⁾ sit necessarium corpore, vel pedibus rei insistere. Sufficit enim visus oculorum et animi affectus, cum tradentis voluntate ad acquirendam possessionem, ut ff. eod. l. quod meo (D. 41. 2. 18) et l. i. §. penul (D. 41. 2. 1. 21) et ut patebit ex sequentibus diligenter.

*[4] Haec¹⁶⁾ talis possessio, quam quis corpore suo vel oculis, et animi affectu adipiscitur, naturalis est, ut ff. eod. l. i. in prin.¹⁷⁾ (D. 41. 2. 1pr.) id est de iure naturali, quod gentium appellatur. Non dico de iure naturali omnium animalium, ut Instit. de rerum divisio. §. per traditionem (Inst. 2. 1. 40). Nam irrationalia animalia affectum possidendi habere non possunt. Sic nec furiosi vel dormientes, ut ff. eod. l. i. §. sed furiosus¹⁸⁾ (D. 41. 2. 1. 3) et §. penult. (D. 41. 2. 1. 21). Et¹⁹⁾ haec eadem possessio naturalis, civilis dici potest approbatione iuris civilis, arg. ff. de verb. signif. l. lege (D. 50. 16. 130) et de origine iur. l. ii. in prin. (D. 1. 2. 2pr.), ibi, isque liber, et c.²⁰⁾ et §. postea cum Apius (D. 1. 2. 2. 7).

Nec *[5]²¹⁾ dico quod duae sunt possessiones, vel proprietates duarum possessionum: imo est una inducta iure gentium et approbata iure civili. Ubi²²⁾ autem quis de pradio egreditur, nec est in conspectu, lex dicit retineri possessionem, ut infra eod. l. licet (C. 7. 32. 4). Et intelligunt quidam civilem, ego²³⁾ naturalem, quam habeat existens in praedio. Nam civilem non habebat²⁴⁾, nisi naturalem appelles civilem, quia probatur²⁵⁾ a iure civili. Illam²⁶⁾ tamen naturalem, quam retineo animo, firmiter dico posse dici et vere dicitur²⁷⁾ civilis, quia iuris civilis auctoritate retinetur, et sic dicitur actio civilis, praetoria auctoritate extensionis, ut ff. de noxa. l. electio §. si is, quem (D.

14) 節区切り。B.

15) semper ut O.

16) 節区切り。O.

17) 前注 9 を参照。

18) sed om. furiosus. 1966 Bam. Mom.

19) 節区切り。H B.

20) Mom. では D. 1. 2. 2. 2 の is liber にあたる。例えば Fradin. では項が区切られず, isque liber となっている。

21) 節区切りなし。H O B.

22) 節区切り。H B.

23) civiliter, ego 1581, civiliter, ergo 1610.

24) habeant O.

25) comprobatur 1566, 1581, 1610, 1966.

26) 節区切り。B.

27) et (vere dicitur) 1566, 1581, 1610.

9.4.26.4). Si²⁸⁾ autem me absente quis ingreditur meum praedium, quod possideo civilis iuris auctoritate, ut dictum est, ingressus habet naturalem de iure naturali, licet clandestinam, si putavit, vel debuit putare sese prohibendum, ut ff. eod. l. clam. §. qui ad nundias (D.41.2.6.1).

Et²⁹⁾ contra eum et contra extraneos habeat³⁰⁾ interdictum uti possidetis, ut ff. uti possidetis l. i. in fin. (D.43.17.1.9) et l. ii (D.43.17.2) et illam *[6] naturalem etiam de iure naturali interpretatur lex retineri solo animo, sicut in fructuario dicitur, quia ei revertenti si non admittatur³¹⁾ datur interdictum unde vi, ut ff. de vi et vi arma l. iii §. unde vi (D.43.16.3.13), ergo cum repellebatur, possidebat, nam aliter non daretur ei interdictum, ut ff. de vi et vi arma. l. i §. interdictum autem hoc (D.43.16.1.23). Nec mirum, si dicam hic naturalem possessionem retineri animo, quia plurimum mutuatur a iure possessio³²⁾, ut ff. eod. l. possessio (D.41.2.49). De³³⁾ iuris adminiculo ideo ponitur in definitione, quia possessio quandoque habet plurimum iuris, ut in ea, quam per servum in rebus peculiaribus habeo. Nam illa sine actu meo mihi quaeritur, et usucapio ex ea, etiam me ignorante, procedit, postliminium quoque porrigitur ad eam, ut ff. de acquir. pos. l. i §. item acquirimus (D.41.2.1.5) et l. possessio (D.41.2.49) et l. si me in vacuum³⁴⁾ §. servus (D.41.2.34.2) et pro soluto l. ii (D.46.3.2) et de usucap. l. iusto §. ult. (D.41.3.44.7)

*[7] Est³⁵⁾ alia³⁶⁾ possessio, quae multum iuris habet, ut ea, quae mihi per procuratorem quaeritur etiam ignoranti, non tamen usucapio procedit ex ea me ignorante, ut infra eod. l. i (C.7.32.1).

*[8] Est³⁷⁾ et alia possessio, quae plurimum habet facti in acquerendo et parum habet iuris, ut illa, quae per me ipsum quaero. Et haec eadem plurimum³⁸⁾ habet iuris

28) 節区切り。B.

29) 節区切りなし。H O B.

30) et cum et contra extraneos habeat B. cum et contra eum, et contra extraneos habeat 1566, 1581, 1610, 1966.

31) revertenti (si non admittatur) 1566, 1581, 1610.

32) plurimum vel primum a iure mutuatur possessio H. plurimum a iure mutuatur possessio B. ちなみに、援用法文は、Bam. Fradin. でも、Mom. と同じく、plurimum ex iure possessio mutuatur である。

33) 節区切り。H O B.

34) si me in vacuum B.

35) 節区切りなし。O.

36) et om. O.

37) 節区切りなし。H O.

38) et parum iuris in retinendo, ut illa, quam per meipsum quaero.[:] et haec eadem plurimum habet iuris in retinendo, quia solo animo retinetur=1566, 1581, 1610, et parum

in retinendo, quia solo animo retinetur, ut infra eod. l. licet³⁹⁾ (C.7.32.4). Sed in acquirendo neccarius est animus et actus corporalis, ut diximus⁴⁰⁾ et ita exauditur, quod est infra eod. l. nemo (C.7.32.10).

Haec *[9]⁴¹⁾ eadem possessio plurimum iuris habet⁴²⁾ in casibus, in quibus sine apprehensione dominium quaerimus. Primus⁴³⁾ casus est, si venditorem iusserim ponere rem in mea praesentia⁴⁴⁾, vel si procuratori meo iusserim tradi⁴⁵⁾, cum ea res sit in praesentia, vel si custodem posuerim in rem⁴⁶⁾. Alius⁴⁷⁾ est, cum claves cellae vinariae emptori traduntur coram horreis. Nam vina vel merces traditae videntur, ut ff. eod. l. i. §. penult. (D.41.2.1.21) et l. quarundam (D.41.2.51) et de contrahen. empt. l. clavibus (D.18.1.74). Alius⁴⁸⁾ est, cum id⁴⁹⁾, quod meo nomine possideo, constituo me possidere nomine alieno, nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere, et alium possessorem ministerio meo facio. Nec idem est⁵⁰⁾ possidere et alieno nomine possidere. Nam is possidet, cuius nomine possideatur, ut ff. eod. l. quod meo (D.41.2.18) et ff.⁵¹⁾ de rei vend. l. quaedam mulier (D.6.1.77). Alius⁵²⁾ casus est, cum donationis causa trado alicui instrumentum praedii, ut infra de donatio. l. i (D.39.5.1). Alius⁵³⁾ casus⁵⁴⁾ est, cum in venditione vel donatione⁵⁵⁾ vel simili contractu cuiuscunque rei, eiusdem⁵⁶⁾ rei retineo usumfructum, ut infra de donatio. l. quisquis (C.8.53.28). Et⁵⁷⁾ est hoc unum mirabile mundi, quod in alium

iuris in retinendo quia solo anomo retinetur=1966.

39) l. haec **H**.

40) corporalis (ut diximus) 1566, 1581, 1610.

41) 節区切りなし。 **H O**.

42) habet iuris **H**.

43) 節区切り。 **H B**.

44) praesentia mea 1566, 1581, 1610, 1966.

45) tradi iusserim 1566, 1581, 1610, 1966.

46) in rem posuerim. **O**.

47) 節区切り。 **H O B**.

48) 節区切り。 **H O B**.

49) cum illud 1566, 1581, 1610, 1966.

50) et *om.* **H B**.

51) ff. *om.* **B**.

52) 節区切り。 **H O B**.

53) 節区切り。 **B**.

54) casus *om.* **B**.

55) in donatione, vel venditione 1566, 1581, 1610, 1966.

56) et eiusdem **O**.

57) 節区切り。 **B**.

transeat dominium sine possessione, vel inductione in possessionem, fructuarius enim iste sibi tantum naturaliter possidet, unde et habet interdictum unde vi. Sed responderi potest, huius rei causam esse necessariam consequentiam. Nam cum receptum sit me huius rei retinere posse usufructum⁵⁸⁾ quia dominium et possessionem habeo et ideo alterius non⁵⁹⁾ exigitur traditio⁶⁰⁾ per consequentiam transit dominium, quia donec habeo dominium, usumfructuarius esse non possum, nec potest dici, quod pro derelicto dominium habere voluerim⁶¹⁾.

*[10] Ad hanc possessionem, quae per me mihi quaeritur, non porrigitur fictio postliminii, quia facti est non tantum iuris, ut ff. ex quibus causis ma. l. denique (D. 4. 6. 19) et ff. eod. l. cum haeredes §. in his (D. 41. 2. 23. 1) et l. possessio. §. qui in aliena (D. 41. 2. 49. 1) et l. i. in prin. (D. 41. 2. 1pr.). Sed⁶²⁾ et⁶³⁾ verbo, adminiculi iuris in definitione posito videtur esse contrarium, quod dicitur furem et raptorem possidere, ut ff. eod. l. rem (D. 41. 2. 15). Sed dic furem possidere iure permittente, sed non approbante acquisitionem.

Item⁶⁴⁾ *[11] ideo ponitur in definitione de adminiculo iuris, quia si iuris adminiculum obviet⁶⁵⁾, vel non adsit, non dicitur quis possidere: licet⁶⁶⁾ corpore et animo insistas rei. Hoc autem contingit quandoque propter rem, quandoque propter causam. Propter rem: ut quia sacra est res vel religiosa, quae nec ab ignorante possidetur, nec a sciente, licet contemnat religionem, ut ff. eod. l. qui universas. §. i. (D. 41. 2. 30). Homo liber a sciente ipsum esse liberum, licet mentiatur, nullo modo possidetur⁶⁷⁾, ut ff. eod. l. cum haeredes. §. ult. (D. 41. 2. 23. 2). Ab⁶⁸⁾ eo autem, qui

58) usufructum posse **H**.

59) non *om.* 1581, 1610.

60) posse (quia dominium et ... traditio) 1566, 1581, 1610. しかし我々は邦訳にあたりこの括弧ははずして次の quia と並列させて理解した。

61) Alius casus est, cum fideicommissaria hereditas restituitur. statim enim omnis res fit in bonis eius, cui restituitur hereditas, etsi nondum ipsarum nactus sit possessionem, ut ff. ad Treb. l. facta in i. respon. (D. 36. 1. 65) Alius casus est in haerede. ut ff. de rei vend. l. si ager. (D. 6. 1. 50) *post* voluerim. *add.* 1566, 1581, 1610.

62) 節区切り。 **H B**.

63) sed et vel **B**. 1566, 1581, 1610.

64) 節区切りなし。 **H**.

65) obtinet **H**. 1566, 1581, 1610, 1966.

66) licet quis **H O**.

67) **H** では、possidetur の前に p で始まる単語 (punitur?) が加えられ、その下に点がうたれている。

68) 節区切り。 **B**.

credit eum esse⁶⁹⁾ servum, potest possideri. Sed et mala fide liberum hominem possideo, si non librum sed alienum⁷⁰⁾ servum existimo, ut ff. eod. l. i. §. sed et per eum (D.41.2.1.6).

*[12] Propter causam impeditur possessio, ut quia alius possidet civiliter vel naturaliter, quod ego eodem iure possidere volo, duo⁷¹⁾ enim in solidum civiliter vel naturaliter non possunt possidere, ut ff. de precar. l. duo (D.43.26.19)⁷²⁾. Et appellat ibi iniustam possessionem naturalem, falsa eorum reprobata sententia, qui dicunt plures in solidum possidere civiliter, non⁷³⁾ autem naturaliter. Item⁷⁴⁾ et eorum reprobata opinione, qui dixerunt plures nedum⁷⁵⁾ civiliter, sed etiam naturaliter in solidum possidere. Nam quia naturaliter impeditis in eo loco stare, vel sedere, in quo ego sto vel sedeo, ideo civilem possessionem quam habeo, alius habere non potest, ut ff. eod. l. possideri §. ex contrario (D.41.2.3.5). Item⁷⁶⁾, cum certum sit dominium apud duos in solidum esse non posse, ut ff. de castren. pecul. l. haereditate §. pater (D.49.17.19.3) et commodat. l. si ut certo §. ult. (D.13.6.5.15) ergo possessio⁷⁷⁾ civilis, quae causam est acquirendi dominii duorum in solidum non potest esse, ut ex definitione usucapionis patet⁷⁸⁾, ut ff. de usucap. l. iii (D.41.3.3) et Inst. per quas perso. nob. acqui. §. de his (Inst.2.9.4) nam quotiens aliquid prohibetur, et id prohibitum est, per quod pervenitur ad illud, ut ff. de spon. l. oratio (D.23.1.16).

69) esse *om.* 1566, 1581, 1610, 1966.

70) sive liberum, sive alienum 1566, 1581, 1610, 1966.

71) dico **H**.

72) *post* l. duo *add.* et ff. comm. l. si ut certo (D.13.6.5). Unus civiliter in solidum, et alter naturaliter in solidum possidere potest, ut ff. uti possi. l. si duo (D.43.7.3). 1566, 1581, 1610, 1966.

73) cum **H**.

74) 節区切り。 **B**.

75) necdum **H**.

76) 節区切り。 **H O B**.

77) possessio *om.* **O**.

78) est acquirendi dominii (ut ex definitione usucapionis patet) duorum insolidum non potest esse. 1566, 1581, 1610, 1966. *post* patet *add.* per hoc enim sequeretur, quod duo fierent insolidum domini. Nam si duo possiderent civiliter, et eodem momento inciperent possidere, et si usucaperent: finito tempore usucapionis, statim fieret quilibet dominus insolidum. Uterque enim rem usucepit, sic ergo uterque dominus factus est per usucapionem. Sed potest dici, quod invicem se impediunt. Et ratione impossibilitatis hoc contingit, ut usucapio non tribuat insolidum dominium: imo hac ratione isti usucaptores sint domini per impedimenta, sicut si per hominem esset eis ambobus tradita res, et traditum dominium, ut ex definitione usucapionis patet. 1566, 1581, 1610, 1966.

Praeterea si me absente quis ingreditur fundum meum, nonne habet naturalem possessionem, cum eo animo introierit si exeat inde, habet civilem secundum eos. Ergo sequitur⁷⁹⁾, ut usucapiat. Quod sic⁸⁰⁾ probatur, possidet civiliter et naturaliter, et sibi, et iusto titulo posito quod ab alio emerit⁸¹⁾ item nec res est vitiosa, imo nec etiam clandestina possessio: Pone, quod tradens et accipiens se non prohibendos putent, iusta opinione ducti: alioquin esset clandestina possessio, ut ff. eod. l. clam. §. qui ad nundinas (D.41.2.6.1) et quod vi aut clam l. iii. §. ult. (D.43.24.3.8) et l. iii. (D.43.24.4) usucapit ergo iste, ut Inst. de usucap. §. novissime (Inst.2.6.10). Quod⁸²⁾ si est, quaerit sibi dominium rei meae, cum ego⁸³⁾ possideam civiliter, quod est contra legem, ut⁸⁴⁾ ff. de regul. iur. l. id quod nostrum (D.50.17.11) et de praescrip. xxx. ann. l. male (C.7.39.2). Et eadem ratione contingeret, quod mille faciant fructus suos, et in solidum, cum singuli haberent possessionem civilem et naturalem, vel civilem tantum: nec esset curandum a quo fructus perciperentur, ut ff. de usuris. l. qui scit §. praeterea (D.22.1.25.1). Et idem in pluribus eumentibus a diversis potest assignari: qua enim ratione primus possidet civiliter et naturaliter, eadem ratione et tertius, et millesimus. Praeterea, si is, cui res mea me absente traditur, me revertentem non admittat⁸⁵⁾, non haberem interdictum unde vi, ut ff. de vi et vi arm. l. i. §. vi possidere (D.43.16.1.28). Nec quod vi aut clam, quia clam nihil factum est, nec uti possidetis, quia non vi aut clam⁸⁶⁾ nec precario possidet a me: et ita secundum eos⁸⁷⁾ falsum est⁸⁸⁾, quod dicit lex, revertenti non admissio dari interdictum, cum ingrediens⁸⁹⁾ civiliter et naturaliter possideat, sicque retinere suam, non aliis auferre possessionem velit, ut ff. de vi et vi arma. l. i. §. iii.⁹⁰⁾ (D.43.16.1.3). Item isto statim ingresso, non datur domino interdictum, quia adhuc possidebat, ut ff. de vi et vi arma. l. i. §. eum (D.43.16.1.26).

*[13] Si⁹¹⁾ quaeras, qualiter ergo plures possident in solidum. Respondeo, unus

79) sequitur ego 1610.

80) si H.

81) titulo (posito quod ab alio emerit) 1566, 1581, 1610.

82) 節区切り。B.

83) ergo B. 1566.

84) ut om. H.

85) admittit 1566, 1581, 1610, 1966.

86) quia non vi nec clam H. quia nec vi nec clam O.

87) ita (secundum eos) 1566, 1581, 1610.

88) est om. H.

89) ingrediens ingrediens H.

90) §. ult. 1566, 1581, 1610, 1966.

91) 節区切りなし。O.

civiliter et alter naturaliter, sic enim distinguntur iura possessionis, ut ff. de vi et vi arma. l. i. §. deicitur (D.43.16.1.9) et uti possid. l. si duo (D.43.17.3) et de preca. l. et habet §. eum (D.43.26.15.4).

*[14] Et⁹²⁾ nota, quod sive aliquis⁹³⁾ sit in re, sive non sit in re, rem tamen videat, nihilominus dicitur possidere naturaliter. Nam et naturalem acquirit propter⁹⁴⁾ visum, ut ff. eod. l. quod meo §. venditorem (D.41.2.18.2), ergo multo magis retinet. Civiliter⁹⁵⁾ autem dicitur possidere quis⁹⁶⁾, cum nec est in re, nec res est in conspectu, et ita secundum hoc non videtur, quod eodem tempore possideat quis civiliter et naturaliter, quod et Aldricus⁹⁷⁾ dicebat et civilem possessionem improprie nominari dicebat, quia non est vera possessio, sed ficta vel interpretativa. Vel dic naturalem esse possessionem in partibus, in quibus insisto, vel video civilem, in quibus non insisto, nec video. Placentinus⁹⁸⁾ autem dicebat, non ideo amitti naturalem, quia res non est in conspectu. Sed certe secundum hoc non esset civilis sine naturali. Item plures haberent naturalem secundum hoc, quia et⁹⁹⁾ ingressus fundum habet naturalem secundum eum¹⁰⁰⁾, et dominus nihilominus, sic ergo plures, quod tamen ipse negavit Aldricus¹⁰¹⁾ dicens¹⁰²⁾ naturaliter duos in solidum possidere non posse sed civiliter.

*[15] Sunt autem isti, qui habent civilem possessionem, scilicet proprietarius, qui rem alii concessit fruendi causa, vel qui rem concessit in feudum¹⁰³⁾, vel in emphyteosim, nam proprietarius quaerit sibi possessionem per servum fructuarium, quod non faceret, si non possideret, ut ff. eod. l. i. §. sed et per eum (D.41.2.1.6).

92) 節区切りなし。O.

93) aliquid H B.

94) per H.

95) 節区切り。H.

96) quis possidere H.

97) a. H. al. O. Aldricus B. 1566, 1581, 1610 Aldericus 1966. Savigny, *Geschichte des römischen Rechts*, Bd.IV, S.233–4, Heidelberg, 1850, Darmstadt, 1956 は、より有名な Albericus と考えるべきであるとする。ちなみに W. H. Bryson, *Dictionary of Sigla and Abbreviations to and in Law Books before 1607*, Buffalo, New York, 1996 のリストの中には Aldricus はない。

98) p. H O B.

99) et om. 1566, 1581, 1610, 1966.

100) meum O.

101) 前注 97 を参照。

102) Aldricus, alias dicens, 1566, 1581, 1610, 1966.

103) pheudum O.

*[16] *Fructuarius*¹⁰⁴⁾ vero vel *emphyteota* aut *vasallus naturalem habet*¹⁰⁵⁾ possessionem, ut ff. eod. l. naturaliter (D.41.2.12) et l. possessio. in responso¹⁰⁶⁾ (D.41.2.49pr.). Sibi enim possident ratione iuris, quod habent in re. Et idem dico in colono, si conduxit ad non modicum¹⁰⁷⁾ tempus: cum et habeat utilem rei vendicationem, sicut et *emphyteota*, ut ff. si ager vec. vel *emphy. pet.* l. i (D.6.3.1) et de superficiebus. l. i. §. quia autem (D.43.18.1.6).

*[17] *Quid*¹⁰⁸⁾ si alii locarent, vel in *emphyteosim* concederent? Certe nullam habent possessionem.

*[18] *Si*¹⁰⁹⁾ autem conduxerit ad modicum tempus: alieno nomine possedet, et ideo nullam habet possessionem, ut infra de praes. xxx. an. l. ii. (C.7.39.2) et est hoc liquidum, cum enim per me possideat, ut Inst. de interdict. §. possidere (Inst.4.15.5) ergo aliquam per me habet possessionem, civilem non¹¹⁰⁾, quia eam meo animo retineo, ergo naturalem, quia nulla est alia possessio. Cum igitur per me habeat naturalem, ergo ipsam habeo per eum. Nec obstat quod dicitur ff. communi divi. l. communi dividundo §. neque (D.10.3.7.11). Naturaliter enim alii, non sibi possident¹¹¹⁾, ut supra commu. de usucap. l. qui ex conducto (C.7.30.1). Item cum naturalem habeam per servum, ergo per colonum, ut ff. eod. l. si id §. per colonos (D.41.2.25.1).

*[19] Et est notandum, quod isti coloni et commodatarii et depositarii et consimiles¹¹²⁾ solo animo domino retinent naturalem possessionem, etsi non sint in re, dum tamen non exeant de re animo deserendae possessionis¹¹³⁾, ut ff. eod. l. si colonus (D.41.2.31). Nam si de re exierint animo deserendae possessionis et forte ideo, ut alii pateret locus apprehendendi possessionem eandem¹¹⁴⁾, dominus amisit naturalem per factum coloni, sed retinuit¹¹⁵⁾ civilem, et in¹¹⁶⁾ ea malignitas vel proditio coloni nihil

104) 節区切りなし。H O B.

105) habent O B.

106) primo responso. 1966.

107) non ad modicum H O.

108) 節区切りなし。H O B.

109) 節区切りなし。O.

110) non habet B.

111) Naturaliter enim non sibi possident H.

112) similes 1566, 1581, 1610, 1966.

113) exierunt animo deserendae possessionis B.

114) eamdem H.

115) si retineat H.

116) in om. 1566, 1581, 1610.

omnino praeiudicat domino, ut infra eod. l. ult. (C. 7. 32. 12). Secus dico, si colonus alii traderet, vel ab alio expelleretur, tunc enim amittam possessionem omnem, ut ff. eod. l. possideri §. quod si servus (D. 41. 2. 3. 8. i. f.) et l. peregre §. ult. (D. 41. 2. 44. 2) et l. licet (D. 41. 2. 45) et l. quamvis (D. 41. 2. 46).

Est¹¹⁷⁾ tamen *[20] contrarium, quod dicitur supra quod cum eo, qui in aliena potestate est¹¹⁸⁾. l.¹¹⁹⁾ si servus (C. 4. 26. 6). Sed ibi forte erat dominica, non peculiaris: vel ibi servus non voluit dominum privare omnino possessione, quia concessit domum tantum ad inhabitandum. Et est hoc mirabile magnum, quod amitto possessionem omnem per eum, qui nullo modo possidet, sive alii tradat, sive ab alio expellatur. Ego autem proprietarius solo¹²⁰⁾ animo meo retineo civilem et non naturalem. Satis enim mihi operatur animus, si retineam civilem. Colonus autem, cum non possit retinere civilem, solam retinet naturalem domino suo.

Fructuarii *[21]¹²¹⁾ vero et emphyteutae et similes sibi retinent naturalem, ut dictum est. Insuper etiam dicunt quidam eos habere quandam civilem respectu naturalis, sed quae vel qualis sit ista quaedam civilis, lex non dicit, nec nos intelligere possumus? Haec¹²²⁾ sufficiant ad definitionem possessionis. Et scio quod aliter quandoque definivi et aliter audivi definiri a domino meo, sed praedicta definitio derivationi et positioni¹²³⁾ possessionis, et legibus magis accedit. Definitio domini mei haec erat.

*[22] Possessio¹²⁴⁾ est ius quoddam rem detinendi sibi. Mea prior est haec¹²⁵⁾. Possessio est ius quoddam, quo quis rem corporalem¹²⁶⁾ vere vel interpretative sibi habeat.

*[23] Acquiritur¹²⁷⁾ autem possessio ut ab antiquissimo modo incipiamus¹²⁸⁾ per apprehensionem earum rerum, quae nullius sunt, ut supra ff.¹²⁹⁾ eod. l. i. in principio

117) 節区切りなし。H O B.

118) est in aliena potestate O B.

119) l. om. H O B.

120) solus B.

121) 節区切りなし。H O B.

122) 節区切り。H O B.

123) propositioni H. compositioni 1566, 1581, 1610, 1966.

124) 節区切りなし。H O B.

125) haec est haec H.

126) corporalem rem H.

127) 節区切りなし。O.

128) possessio (ut ab antiquissimo modo incipiamus) 1566, 1581, 1610.

129) ff. om. H.

(D.41.2.1pr.) et l. possideri §. item feras (D.41.2.3.14) et de acquiren. rer. domi. l. i. (D.41.1.1)¹³⁰⁾ et est in eis speciale¹³¹⁾, ut dominium non acquiratur sine possessione, sed secus in amissione possessionis. Quid enim si fera mea mihi surripiatur? Dominium¹³²⁾ retineo sed possessionem amitto, ut ff. eod. l. rem (D.41.2.15) licet quidam dicant idem in amissione. Item¹³³⁾ quaeritur per quemcunque, qui meo nomine sit in possessione, ut ff. eod. l. quod meo (D.41.2.18). Item¹³⁴⁾ traditione, ut ff. eod. l. possideri §. genera (D.41.2.3.21). Item¹³⁵⁾ furto quaeritur possessio furti, cuius civilis¹³⁶⁾ dici potest possessio, nec¹³⁷⁾ enim ad summam possessionis refert, iuste an iniuste quis possideat, ut ff. eod. l. possideri §. ex contrario (D.41.2.3.5) et l. rem (D.41.2.15).

Item *[24]¹³⁸⁾ acquiritur possessio solo animo ut supra dixi in definitione possessionis¹³⁹⁾. Item acquiritur possessio ex decreto secundo in causa damni infecti, vel alias, ubi res adiudicatur pro debito. Primum enim¹⁴⁰⁾ decretum non constituit possessionem, si¹⁴¹⁾ quis rei servandae causa, vel damni infecti, vel mulier causa ventris mittatur in possessionem, sed magis custodia rerum et observatio conceditur, ut ff. eod. l. possideri §. ult. (D.41.2.3.23) et l. iuste (D.41.2.11) et de dam. infect. l. si finita¹⁴²⁾ §. Iulianus (D.39.2.15.16). Item¹⁴³⁾ acquiritur per patientiam, ut si eo patiente et sciente, qui mihi vendidit, vel alio modo alienare convenit¹⁴⁴⁾, fuerim in possessione, omniaque, ut dominus gessi, ut infra. eod. l. ii. (C.7.32.2) et ff. si servitus ven. l.¹⁴⁵⁾ si a te (D.8.5.16). Item¹⁴⁶⁾ acquiritur possessio solo animo¹⁴⁷⁾, ut supra dixi

130) in principio et l. possideri §. item feras et de acquiren. rerum domi. l. i. *om.* **O**.

131) est speciale in eis 1566, 1581, 1610. est speciale 1966.

132) dominium quidem 1566, 1581, 1610.

133) 節区切り。 **H B**.

134) 節区切り。 **H O B**. Idem **O B**.

135) 節区切り。 **B**.

136) quibus civilis incivilis **B**. cuius civilis, incivilis 1566, 1581, 1610, 1966.

137) si **B**.

138) 節区切りなし。 **H O**.

139) Item acquiritur possessio solo animo ut supra dixi in definitione possessionis. *om.* **O B**. 1566, 1581, 1610, 1966.

140) enim *om.* 1610.

141) 節区切り。 **B**.

142) **H B**. 1566, 1581, 1610. l. si finita in responso §. Iulianus, **O** 1966.

143) 節区切り。 **H B**.

144) convenerit 1566, 1581, 1610, 1966.

145) l. *om.* **O**.

146) 節区切り。 **B**.

147) animo solo **O**.

in definitione possessionis. Item¹⁴⁸⁾ acquiritur possessio per traditionem¹⁴⁹⁾ pignoris civilis et naturalis. Nam debitor omnino non possidet, sed tamen quantum ad usucapionem et ad evitandam satisfactionem debitor videtur possidere¹⁵⁰⁾, ut ff. eod. l. i. §. per servum. (D.41.2.1.15) et l. qui pignoris (D.41.2.36) et qui satisda. cog. l. sciendum §. creditor (D.2.8.15.2). Sicque qui non possidet, usucapit, ut et alias notavi supra de usucapione. Quidam tamen dicunt creditorem non possidere, quia nomine alieno possidet, ut ff. de usucap. l.¹⁵¹⁾ pignori (D.41.3.13) et de praescript. xxx. an. l.¹⁵²⁾ cum notissimi §. sed cum illud (C.7.39.7.2). Sed certe lex non dicit eum possidere nomine alieno, sed pro alieno, id est ut alienum, non ut proprium sibi, non tamen possidet alii. Nam et vasallus et fructuarius et similes, ut alienum possident, et tamen sibi¹⁵³⁾ possident, ut ff. eod. l. naturaliter (D.41.2.12) et quemadmodum servi amit. l. fructuarius (D.8.6.21). Quod enim dicitur Inst. per quas perso. nobis acqui. §. sed bonae. fi. (Inst.2.9.4 i.m) et ff. eod. l. i. §. per eum (D.41.2.1.8) intelligo, non possidet civiliter, vel non possidet¹⁵⁴⁾ ad usucapionem. Praeterea, si debitor possideret, cur¹⁵⁵⁾ sibi possessio non acquireretur per servum pignori obligatum, sicut et fructuario? Sed contra dicitur ff. eod. l. i. §. per servum (D.41.2.1.15) et l. possessio (D.41.2.49). Sed in creditore cessat praedicta ratio, quia licet possideat, habet tamen scientiam rei alienae. Melius quaeritur, an post xxx. annos possit intendi rei vendicatio contra creditorem.

Quaeritur¹⁵⁶⁾ possessio *[25] per filiumfamiliam patri, qui habet eum in potestate ex peculio profectitio, quamvis ignoret pater filium esse in potestate sua. Amplius etiam si filius ab alio tanquam servus possideatur, idem erit probandum, ut ff. eod. l. quicquid (D.41.2.4). Secus in eo, quem iusto errore ductus puto esse meum filium¹⁵⁷⁾, et in potestate mea, cum arrogatio non de iure¹⁵⁸⁾ intervenisset, ut ff. de usuca. l. iusto (D.41.3.44pr.). Licet enim mihi acquiratur per hominem liberum, qui servit mihi bona fide¹⁵⁹⁾, non tamen est ita in putativo filio, nam ibi propter assiduam

148) 節区切り。B.

149) Item acquiritur possessio per traditionem *om.* B.

150) possidere videtur 1566, 1581, 1610, 1966.

151) l. *om.* O.

152) l. *om.* H.

153) ei non H.

154) non possidet quo id O. non possidet civiliter vel si possidet 1966.

155) 節区切り。O.

156) 節区切りなし。O.

157) filium meum 1566, 1581, 1610, 1966.

158) non iuste 1566, 1581, 1610, 1966.

159) mihi bona fide B.

et quotidianam comparationem servorum ita constitui, publice interfuit. Nam frequenter ignorantia liberos emimus pro servis, non autem tam facilis¹⁶⁰⁾ et¹⁶¹⁾ frequens adoptio filiorum est.

*[26] Item¹⁶²⁾ acquiritur possessio mihi per servum meum proprium, si ipse a nullo alio possideatur, alioquin contra, ut ff. eod. l. i. §. sed et per eum (D.41.2.1.6). Nec distinguo acquiratur possessio ex causa peculiari, an aliunde: tamen iusta¹⁶³⁾ causa, ut ff. eod. l. quod servus (D.41.2.24). Usucapio tamen¹⁶⁴⁾ non currit domino ignorante, nisi in peculiaribus, ut ff. pro solutio. l. ii. (D.46.3.2). Quidam tamen dicunt domino ignoranti non acquiri possessionem per servum, nisi ex¹⁶⁵⁾ peculiaribus, arg. ff. eod. l. peregre. §. quaesitum (D.41.2.44.1) et l. possideri §. saltus (D.41.2.3.11) et l. i. §. item acquirimus (D.41.2.1.5). Sed illa ad usucapionis causam restringenda sint, ut diximus. Item¹⁶⁶⁾ acquiritur possessio per servum fugitivum, nisi diu fuerit in possessione libertatis bona fide, et¹⁶⁷⁾ paratus suscipere liberale iudicium, ut ff. eod. l. possideri §. si servus (D.41.2.3.10) et l. per eum §. ult. (D.41.2.50.1). Et ponitur diu pro decennio, ut ff. qui et a quibus manumissi liberi non fiunt l. si cum. §. Aristo (D.40.9.16.3). Per¹⁶⁸⁾ servum autem corporaliter pignori datum non acquirimus possessionem, nec creditor acquirit, ut. ff. eo. l. i. §. per servum (D.41.2.1.14) et de acquirend. rerum dominio l. per servum (D.41.1.37) quia (sicut iam diximus) eum nullo modo possidemus.

*[27] Per¹⁶⁹⁾ servum quoque haereditarium haeredi¹⁷⁰⁾ haereditariarum rerum possessio quaeri non potest, licet, si plures sunt legati vel donati vel empti per unum caeterorum quaeratur possessio. Sed quae sit ratio diversitatis, quaeritur. Et¹⁷¹⁾ Iohannes Bassianus¹⁷²⁾ scripsit huius rei rationem esse urgentem disputationem. Alii dixerunt, quia res haereditaria per comparem sibi quaeri¹⁷³⁾ dedignatur. Nam et

160) facile **O**.

161) 1566, 1581, 1610, 1966. et *om.* **H O B**. 印刷。

162) 節区切りなし。**O**.

163) iusta tamen **O B**.

164) usucapio contra eum non 1566, 1581, 1610, 1966.

165) in **H O**.

166) 節区切り。**H B**.

167) et *om.* **H**.

168) 節区切り。**H B**.

169) 節区切りなし。**O**.

170) haeredi quoque 1566, 1581, 1610, 1966.

171) et *om.* **H B**.

172) Iob. **H O B**.

173) quaeri *om.* **B**.

auribus intentis asinus¹⁷⁴⁾ intumesceret, si per comparem sibi se dignosceret apprehendendi, sicque ratio est, indignatio coequalium. Sed secundum hoc res legata per legatum¹⁷⁵⁾ quaeri non debet. Sed in his omnibus aliter videtur esse dicendum, imo diligenter praenotato, quod lex non dixit simpliciter possessionem non quaeri per haeredetarium servum, sed dixit nihil quaeri, ex quo verbo tria notari voluit, scilicet quod neque dominium, neque ipsa haereditas, neque possessio quaeri possit. Aliud quoque notandum est¹⁷⁶⁾, quod haereditarius servus dicitur, qui est ipsius haereditatis. Sicque nomen illud adiectivum haereditarius dominam¹⁷⁷⁾ magis, scilicet¹⁷⁸⁾ haereditatem significat, quam aliquem titulum, cum autem dicitur servus legatus vel donatus vel emptus, non dominus vel domina, sed titulus quidam significatur. Ad materiam ergo redeamus, si haeres institutus non adiit haeredetarium per servum¹⁷⁹⁾, non potest ei aliquid acquiri¹⁸⁰⁾, id est, nec dominium rerum haereditariorum nec possessio nec ipsa haereditas, quia per alium mihi quaeri non potest, ut ff. de acquirenda haereditate l. Paulus (D. 29. 2. 80. 3) et l. haeres per servum (D. 29. 2. 43) et de acquirendo rerum dominio l. per haeredetarium (D. 41. 1. 18). Quaeritur¹⁸¹⁾ tamen mihi per servum haereditas, cum ipse servus est institutus haeres, et adiit me iubente. Et¹⁸²⁾ quare non potest quaeri haeredi instituto aliquid per servum haeredetarium? Certe ratio evidens est, quia non est eius dominus. Secus vero in legatis, quia servi mei legati sunt, ideoque per unum possum adipisci possessionem alterius, et licet sit factus meus, nihilominus tamen dici potest legatus. Haereditarius autem servus dici non potest, qui iam factus est haeres per aditionem, imo dicitur proprius. Hoc ei¹⁸³⁾ adiectivum haereditarius significat dominam, id est¹⁸⁴⁾, ipsam haereditatem, quam haereditatem non habet dominam, adita ea ab haerede.

*[28] Licet autem¹⁸⁵⁾ dixerim per servos quaeri possessionem, hoc tamen verum est, si habeant intellectum¹⁸⁶⁾ possidendi et mihi acquirendi possessionem, ut. ff.

174) nam et asinus auribus intentis. **B.**

175) legatum 1518, legatarium 1610.

176) 1566, 1581, 1610, 1966. est *om.* **H O B.**

177) dominium 1610.

178) vel 1566, 1581, 1610, 1966.

179) per servum haeredetarium 1566, 1581, 1610, 1966.

180) quaeri **H O.**

181) 節区切り。 **H O.**

182) et *om.* **O B.**

183) enim **B.** 1566, 1581, 1610, 1966.

184) scilicet 1566, 1581, 1610, 1966.

185) licet autem. licet autem **O.**

186) animum 1566, 1581, 1610.

eod. l. i. §. caeterum (D.41.2.1.9) et §. haec quae (D.41.2.1.19). Et est hoc ultimum verum¹⁸⁷⁾, cum ille, qui tradidit, meo nomine non tradidit, alioquin nihil mihi nocebit servi malignitas¹⁸⁸⁾, ut. ff. de acquir. rerum dominio l. per servum §. ult. (D.41.1.37.6) et de donat. l. qui mihi (D.39.5.13).

*[29] Per¹⁸⁹⁾ procuratorem quoque et tutorem, curatorem¹⁹⁰⁾, municipibus quoque per eos, qui tuentur universitatem, possessio quaeritur, ut ff. eod. l. i. §. per procuratorem quoque (D.41.2.1.20) et §. ult. (D.41.2.1.22) et de conditio. et demonst. l. municipibus (D.35.1.97) et ad municip. l. muncipes (D.50.1.14).

*[30] Quod¹⁹¹⁾ autem de procuratore dictum est, cum distinctione recipitur a quibusdam: distinguunt enim inter generalem et specialem procuratorem, ut¹⁹²⁾ si fuerit generalis, non quaeritur mihi possessio, nisi cum mihi fuerit¹⁹³⁾ tradita, ut ff. de acqui. rerum dominio l. res (D.41.1.59). Si autem fuerit specialis, si quidem hoc agat uterque, vel tradens solus vel solus etiam accipiens, acquiritur mihi ignoranti possessio, dominium quoque, si dominus fuit, qui tradidit, ut ff. de donat. l. qui mihi¹⁹⁴⁾ (D.39.5.13) et infra eod. l.¹⁹⁵⁾ per procuratorem (C.7.32.8). Nam¹⁹⁶⁾ et accipientis solius animus id operatur sine animo dantis¹⁹⁷⁾, ut mihi acquiratur dominium et possessio, ut supra diximus et probatur, ff. eod. l. i. §. caeterum (D.41.2.1.9) et §. haec quae (D.41.2.1.19). Nec distinguimus inter generalem et specialem procuratorem, quia quod facit in totum concessa quantum ad totum administratio, facit in parte concessa¹⁹⁸⁾ quantum ad partem, ut ff. de admin. tutor. l. si duo (D.26.7.51) et ideo quod in solo specilali procuratore distinguunt, nos in omni admittimus.

Nec *[31]¹⁹⁹⁾ obstat ei, quod diximus²⁰⁰⁾ supra dominium per procuratorem

187) Et ultimum hoc verum est 1566, 1581, 1610. Et hoc est ultimum verum 1966.

188) alioquin mihi malignitas servi nocebit **H**. alioquin nihil mihi malignitas servi nocebit **B**.

189) 節区切りなし。 **O**.

190) et tutorem et curatorem 1566, 1581, 1610.

191) 節区切りなし。 **H O B**.

192) nam 1566, 1581, 1610, 1966.

193) fuit **O**.

194) ff. de donat. si alias **H**.

195) l. om. **O B**.

196) 節区切り。 **B**.

197) donantis 1566, 1581, 1610, 1966.

198) concessa in partem **B**. concessa ad partem 1566, 1581, 1610, 1966.

199) 節区切りなし。 **H O B**.

200) dicimus 1566, 1581, 1610, 1966.

quaeri, quod est supra per quas person. nobis acquirere. l. i. (C.4.27.1). Nec enim dicitur ibi excepta possessione, sed excepta causa possessionis. Causa autem possessionis est dominium, nam ratione domini rem vindicamus²⁰¹⁾, et possessio nobis restituitur. Sed et possessio domini causa est, quia per eam plerumque quaeritur dominium²⁰²⁾, ut per traditionem et alios modos, quos notavimus supra.

*[32] Retinetur²⁰³⁾ autem possessio corpore et animo, quinimo etiam solo animo, ut infra eod. l.²⁰⁴⁾ licet (C.7.32, 4) et ff. eod. l. clam. §. qui ad nundinas (D.41.2.6.1). Naturalis²⁰⁵⁾ etiam retineri potest nedum per me, sed et per quemcunque, qui nostro nomine sit in possessione, ut. ff. eod. l. generaliter (D.41.2.9).

*[33] Porro²⁰⁶⁾ qui precario possidet, licet ab alio habeat, tamen quandoque omnem habet possessionem, ut si hoc rogavit²⁰⁷⁾, quandoque solam naturalem, si et illud rogavit, quandoque nullam, si impetravit, ut esset in possessione, non ut possideret. Cum autem quis precario rogavit, et conduxit: quod posterius factum est, tenebit, ut ff. de precar. l. in rebus §. primo (D.43.26.4.1) et l. et habet §. eum qui (D.43.26.15.4) et l. certe §. is qui (D.43.26.6.2) et ff. eod. l. si quis ante (D.41.2.10).

*[34] Sequitur ut videamus qualiter amittatur²⁰⁸⁾ possessio, quod accidit multis modis, ut ecce inundatione amittitur possessio rei immobilis. Idem²⁰⁹⁾ et si res mobilis demergatur in mare vel in flumine, ut ff. de bonis. aucto. iudi. pos. l. cum unus. §. ult. (D.42.5.12.2) et ff. eod. l. Pomponius (D.41.2.13) et l. qui universas. §. item quod mari²¹⁰⁾ (D.41.2.30.3).

Item²¹¹⁾ amitto *[35] possessionem, si mortuum intulero in locum causa perpetuae sepulturae. Nam²¹²⁾ locum, sacrum vel religiosum²¹³⁾ non possumus possidere, et si contemnamus²¹⁴⁾ religionem et pro privato eum teneamus sicut hominem liberum.

201) vendicamus **H**.

202) dominium quaeritur 1566, 1581, 1610, 1966.

203) 節区切りなし。 **O**.

204) l. om. **O**.

205) naturale **O**.

206) 節区切りなし。 **H O B**.

207) rogaverit 1581, 1610.

208) admittatur **O**.

209) Item 1566, 1581, 1610, 1966.

210) §. item quod a mari 1566, 1581, 1610. ちなみに **Fradin**. D.41.2.30.2 in med. も **Bam**. D.41.2.30.2 in med もこれらの印刷刊本に一致している。

211) 節区切りなし。 **H O**.

212) 節区切り。 **B**.

213) religiosum vel sacrum **B**.

214) contemnamus etiam 1566, 1581, 1610, 1966.

Item²¹⁵⁾ possessionem amitto, si ideo, quia nolui²¹⁶⁾ cavere de damno infecto, vicinus ex secundo decreto mittatur in possessionem. Item²¹⁷⁾ desino possidere, si in alterius potestatem perveniam²¹⁸⁾, ut ff. eod. l. qui universas §. i. et ii. et iii. (D.41.2.30.1, 30.2, 30.3). Longo quoque tempore amittitur possessio, ut ff. de usucap. l. furtum. §. fundi. (D.41.3.37.1) quod²¹⁹⁾ qualiter intelligatur vel²²⁰⁾ a nobis vel ab aliis, plene notavi supra de usucap. pro emptore (C.7.26). Item²²¹⁾ in amissione possessionum²²²⁾ est differentia inter res mobiles et immobiles. Rei enim mobilis possessio etiam me ignorante amittitur, ut si fuit surrepta, ut ff. eod. l. rem (D.41.2.15). Immobilis²²³⁾ autem ita demum, si fuero deiectus vel suspicatus me posse repelli, ut ff. eod. l. si id, quod. §. ult. (D.41.2.25.2). Sed et ubi rem mobilem²²⁴⁾ ita perdidici, ut invenire non possim, distinguitur, an sit sub custodia mea, an non. In primo casu retineo possessionem, nam si diligenter vellem requirere²²⁵⁾, eius naturalem possessionem possem nancisci²²⁶⁾. Cessat ergo interim diligens inquisitio, non rei possessio, cum res in praesentia vel custodia mea sit. In secundo casu²²⁷⁾ desii possidere, nisi res illa²²⁸⁾ mobilis sit homo, servus scilicet meus eius enim licet non sit in mea custodia²²⁹⁾ non amitto possessionem, nisi vel ab alio possideatur, vel bona fide putans se liberum, diu moratus fuerit in possessione libertatis, ut ff. eod. l. possideri §. Nerva (D.41.2.3.13) et §. si servus (D.41.2.3.10) et l. per eum §. i. (D.41.2.50.1) et l. si id quod (D.41.2.25pr.). Et est in homine ratio, ne suo animo possit intervertere sui possessionem²³⁰⁾. Nam nec intervertit possessionem aliarum rerum, ut ff. eod. l. Pomponius in fi. in. responso. (D.41.2.13pr.) et l. rem quae (D.41.2.15). Item²³¹⁾

215) 節区切り。H B.

216) noluit 1581, 1610.

217) 節区切り。B.

218) perveniamus H B.

219) l. furtum. fundi quod O. furtum と quod に節区切り。O.

220) vel om. 1566, 1581, 1610, 1966.

221) 節区切り。B.

222) possessionis 1566, 1581, 1610, 1966.

223) 節区切り。B.

224) re mobile O.

225) velle requirere O. inquirere vellem 1566, 1581, 1610, 1966.

226) posse nancisci. H.

227) In secundo autem casu 1566, 1581, 1610.

228) ubi illa res 1566, 1581, 1610, 1966.

229) enim (licet non sit in mea custodia) 1566, 1581, 1610.

230) possessionem domini sui 1566, 1581, 1610, 1966.

231) 節区切り。H B.

ferarum animalium possessionem amittimus, statim ut in naturalem laxitatem se receperint, alioquin si vivariis inclusae fuerint, a nobis possidentur, ut ff. eod. l. possideri §. item feras (D.41.2.3.14).

*[36] Quod²³²⁾ autem immobile vel mobile per colonos vel similes possidemus etiam nobis ignorantibus amittitur, ut ff. eod. l.²³³⁾ peregre. §. penul. (D.41.2.44.1) quod quidam dicunt esse correctum²³⁴⁾ per l. ult. huius titu. (D.41.2.53). Vel ut ait Bulgarus²³⁵⁾ vere est amissa possessio, sed ideo dicitur domino non praeiudicari, quia ad possessionem recuperandam habet conditionem ex lege, vel interdictum unde vi, et ideo rem habere videtur, ut ff. de in integ. restit. l. nemo (D.4.1.5) et de reg. iur. l. qui actionem (D.50.17.15). Vel distingue, utrum colonus tradat rem, an²³⁶⁾ perdat vel derelinquat possessionem, ut supra diximus²³⁷⁾.

*[37] Item²³⁸⁾ amittitur possessio corpore et animo, vel etiam animo²³⁹⁾ solo, si ab animo incipias. Solo enim corpore non amittitur possessio, ut ff. eod. l. possideri §. in amittenda (D.41.2.3.6) et l. quemadmodum (D.41.2.8). Quandoque enim duo exiguntur, quorum unum sufficit, si ab eo incipias, ut notari potest supra de iure deliberan. l. potuit (C.6.30.5) et Instit. de iure naturali. §. penult. (Inst.1.2.11) et supra de inofficio. donatio. l. si totas (C.3.29.5) et l. si liqueat (C.3.29.8). Quae autem sint divisiones possessionum, non est tantopere²⁴⁰⁾ necessarium videre, scilicet quae clandestina, quae precaria sit. Ideoque his omissis haec ad praesens sufficiant.

〔付記〕本研究は、文部科学省 21 世紀 COE プログラム「21 世紀型法秩序形成プログラム」成果の一部である。

232) 節区切りなし。O B.

233) l. om. B.

234) ita correctum 1566, 1581, 1610, 1966.

235) b. H O B. Vel (ut ait Bulg) 1566, 1581, 1610.

236) an om. H.

237) ut diximus supra O B.

238) 節区切りなし。O.

239) animo tantum B.

240) in corpore H B.